

La encrucijada de la diversidad cultural en el sistema penal colombiano*

*Hernán Darío Benítez Naranjo***

I. Identidad étnica y el derecho a la alteridad cultural en el seno del multiculturalismo

1. ¿Qué es la identidad étnica?

El concepto “identidad étnica” no escapa a la situación general del lenguaje, No obstante su procedencia antropológica. Es bien sabido que un término puede tener varias significaciones, de manera que solo el contexto puede indicar cuál es la que se asume (ambigüedad del término), o que a un concepto pueden adscribirse un número mayor o menor de características que se pueden pensar como propias de él (vaguedad intencional del concepto); o que su campo de aplicación puede ser más o menos extenso (vaguedad extensional del concepto). De ahí que el autor, expositor, conferenciante, miembro de una etnia o simplemente quien se sienta aludido por el vocablo tiene que comenzar por precisar el sentido en el que se debe entender para lograr, si no la conformidad final del auditorio con sus argumentos y conclusiones, al menos una comprensión de lo que con aquellos y éstas se persigue.

De la significación de lo que puede entenderse por “identidad étnica” cabe formular un repertorio de acepciones de vasto alcance: como reducción a uno o unos pocos elementos (por ejemplo, si se pertenece o no a una determinada confesión religiosa), como adición de una multiplicidad de elementos (a la confesión religiosa puede añadirse un origen

* Artículo inicialmente publicado en *Estudios de Derecho penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Medellín, 2012.

** Abogado de la Universidad de Medellín. Magister en Derecho procesal de la Universidad de Medellín.

étnico, una misma cosmovisión cultural, etcétera), como reflejo de la pertenencia sentida o no hacia un estado nación (a partir de una circunstancia histórica concreta), como conciencia y manifestación de la propia diversidad frente a otros (caso en verdad paradójico en el que identidad y diferencia resultan ser una misma cosa), como inventario de componentes culturales (valores, si se quiere hablar de esa manera) puestos en armonía y/o jerarquía, sea por uno mismo o por otros o como oposición a las circunstancias de un contrario (porque es él mismo quien se atribuye esas características, con su propio grupo, u otro grupo).

Todas estas acepciones, cuya enumeración no puede ser exhaustiva, conducen a plantear también una vasta cantidad de interrogantes: ¿El asunto de la identidad étnica remite a la instancia de un “yo” o a un “grupo”?; ¿puede haber identidad étnica sin un “yo”?; ¿es la identidad étnica una representación construida y si lo es, cuáles son los mecanismos de los que se sirve esa construcción?; ¿son prescindibles o no los criterios de exclusión y de inclusión para construir una identidad étnica?¹.

Para orientarnos al menos en uno de estos interrogantes, es necesario partir de la identidad étnica asumida como representación², representación que se proyecta sobre la materialidad de un proceso sociológico-histórico (lo que ocurrió) a través de una ficción, de una narrativa (lo que se dice que ocurrió). Hay pues una narrativa que da cuenta de un proceso, que construye a quien la enuncia y a quien es enunciado por ella. Ni el representador ni el representado en el discurso pueden escapar de la representación³.

Entonces, la “identidad étnica”, comprendida como “representación social colectiva”, a de discernirse de la “etnicidad”, que sería la “Asunción política de la identidad”⁴.

¹ Tanto las acepciones como los interrogantes que se presentan en este punto se han sintetizado a partir de MAALOUF, Armin, *Identidades asesinas*, Madrid, Alianza Editora, 2001, págs. 9-13.

² Gómez, Herinaldy y Gnecco, Cristóbal (Editores), *Representaciones legales de la alteridad indígena*, Popayán, Colciencias – Universidad del Cauca, 2008, pág. 9.

³ Gómez y Gnecco, *ibíd.*, págs. 9 y 10.

⁴ Bartolomé, Miguel Alberto, *Procesos Interculturales*, México, Siglo XXI Editores, 2006, pág. 64.

También hay que agregar frente a las teorías antropológicas que han pretendido dar cuenta de la identidad étnica (primordialismo, constructivismo, instrumentalismo, interaccionismo) que ninguna de ellas se basta a sí misma con suficiencia para explicar el tema. Más bien parecen complementarse, más que excluirse y es así como, concomitantemente, Hay que admitir en las sociedades tanto “un poder afectivo de la socialización primaria mediada por la cultura” (primordialismo), Como el hecho de que las identidades de los grupos étnicos se construyen a partir de elementos lingüísticos, históricos, imaginarios y culturales (constructivismo)⁵ y que estos grupos son colectividades “con intereses en común y que manipulan sus formas culturales (parentescos, mitos, ritos, etcétera) para competir o defender dichos intereses”⁶ (instrumentalismo). Hasta aquí con este bagaje teórico queda integrada la noción de identidad étnica, porque el aporte del interaccionismo (identidad étnica como tipo de organización, de referentes de cultura variables, para nada vinculados en exclusividad con un patrimonio cultural específico)⁷ apunta a un concepto diferente, que es la llamada conciencia étnica, que se refiere a la manera como se manifiestan ideológicamente las representaciones colectivas emanadas del sistema de relaciones internas de un grupo étnico, mediadas por una cultura compartida⁸.

En resumen, la identidad étnica de un grupo convoca como elementos constitutivos las representaciones colectivas, el carácter constructivo de esa identidad, la ideología y la retórica, para expresar su alteridad y ordenar sus conductas. No serían, por ende, usos correctos de la identidad étnica: 1) su asimilación con grupos culturales o minoritarios, cuyo referente cultural es la tradición occidental (ejemplo: minorías sexuales o raciales), 2) su asimilación a condiciones temporales y/o reversibles (ejemplo: una situación de desplazamiento que llegue a su fin), 3) la identificación desde el exterior de un grupo que no sea internalizada por este (por ejemplo: los predicados cargados de prejuicios que se hacen recaer sobre un grupo), 4) la asignación de categorías o atributos a sujetos que los

⁵ Bartolemé, *Ibíd.*, pág. 66.

⁶ Bartolemé, *Ibíd.*, pág. 68.

⁷ Bartolemé, *Ibíd.*, pág. 70.

⁸ Bartolemé, *Ibíd.*, pág. 71

desconocen (ejemplo: caracteres que supuestamente señalan la esencia de un grupo social)⁹.

2. El derecho a la alteridad cultural en el contexto del multiculturalismo

El asunto pasa de la antropología social (entendida como antropología jurídica o antropología política) a la política, al derecho y a la filosofía política, cuando las identidades étnicas son objeto de representación por parte de grupos hegemónicos estatales, y cuando en un contexto constitucional deben articularse aquellas con estos. Quedan entonces confinadas en un catálogo de derechos establecidos y reglamentados desde el estado. De esta manera, al lado de unos derechos tenidos por universales (y que en realidad solo la sociedad occidental los ha tenido por tales, y muchas veces en el papel) se configuran unos derechos étnicos, particulares que, se supone, son comunes a todo tipo de identidad étnica. Es así como al lado al derecho a la vida, a la salud, a no sufrir torturas, etcétera, aparece el derecho a la diversidad étnica y cultural¹⁰ o el derecho al ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades indígenas.

Las representaciones jurídicas de la identidad a través de los derechos se derivan de las representaciones políticas del credo liberal en términos de multiculturalidad. La multiculturalidad se sitúa en un nivel fáctico: es un hecho social, pero la respuesta normativa a este hecho (o al menos una de ellas, porque puede haber otras como el segregacionismo o el asimilacionismo, o pueden combinarse varias) se denomina en la sociedad democrática moderna, multiculturalismo¹¹.

El problema es que en esta perspectiva normativa, el asunto de la identidad étnica se transforma en un tema de fondo eminentemente político, en el que, en fin de cuentas se

⁹ Bartolomé, *Ibid.*, págs. 75-78.

¹⁰ También llamado derecho a la diferencia o derecho a la existencia cultural alterna. Bartolomé, Miguel Alberto, "El derecho a la existencia cultural alterna", En AAVV, *Los derechos indígenas en la actualidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, págs. 103-115.

¹¹ Ruiz Ruiz, Ramón, "Liberalismo y comunitarismo: dos perspectivas antagónicas del fenómeno multicultural", En Ansuategui Roig, F.J., López García, J.A., y Ruiz Ruiz, Ramón, *Derecho fundamentales, valores y multiculturalismo*, Madrid, Dykinson, 2005, págs. 35-64.

trata de gestionar diferencias desde unas perspectivas asumidas como universales para todos los pueblos por el liberalismo¹². El asunto de las identidades étnicas dista mucho de ser nuevo, pero se pone en evidencia con la crisis del capitalismo en los años ochenta, precedido por los nuevos modelos constitucionales (de los cuales el colombiano hace parte en la actualidad) de la segunda posguerra mundial, inaugurados en Italia y Alemania; de una nueva ola de descolonización por parte de esa Europa empobrecida que surge del conflicto bélico, y de la irrupción ideológica de la doctrina de los derechos humanos para 1948, de la mano de la Organización de las Naciones Unidas¹³. De ahí que intencionalmente o no, se haya producido una confusión en torno a las situaciones propias de las minorías o los inmigrantes, u otras similares que hacen presencia dentro de sistemas occidentales democráticos con las identidades étnicas propiamente dichas. Así una lucha que aparentemente enfrenta contrarios, como la que corresponde al liberalismo neutral (llamado así por mantener una neutralidad “frente a las culturas, grupos, estilos de vida”¹⁴) y al comunitarismo (paradigma del reconocimiento, basado sobre un “esencialismo de la diferencia”¹⁵), únicamente enfrenta matices opuestos de un mismo espectro liberal.

3. Multiculturalismo en el seno del liberalismo perfeccionista

El llamado “liberalismo perfeccionista” toma distancia del “liberalismo neutral” y del comunitarismo. En este contexto, se trata de seguir reconociendo al sujeto como un individuo libre, con derechos propios, al lado de la existencia de unos derechos colectivos culturales o de grupo, que tienen límites frente a las libertades individuales y los derechos que tienen nexos con ellas¹⁶.

¹² Cita de A. Samprini por Lanzillo, María Laura, “¿Nosotros o los Otros?, Multiculturalismo, democracia, reconocimiento”, en Galli, Carlo (Coordinador), *Multiculturalismo, ideologías y desafíos*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2006, págs. 83-111.

¹³ Wallerstein, Emmanuel, *Universalismo europeo: el discurso del poder*, Madrid, Siglo XXI Editores, 2007, pág. 27.

¹⁴ Lanzillo, *Op. cit.*, pág. 85.

¹⁵ Lanzillo, *Op. cit.*, pág. 85.

¹⁶ Lanzillo, *Op. cit.*, pág. 86.

Es este tipo de liberalismo el que parece reflejarse en la Constitución Política de 1991 de Colombia, donde en el marco del Estado social de derecho y la vigencia de los derechos fundamentales, sociales, económicos, culturales, colectivos y del ambiente, se reconoce, con rango de principio constitucional fundamental en el artículo 7, la diversidad étnica y cultural¹⁷, y en el artículo 246 del mismo estatuto, se plasma el derecho de las autoridades de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales¹⁸.

No obstante la aparente generosidad de los textos, su examen permite concluir que se trata, en primer lugar, de una diferencia que se manifiesta en el marco de un Estado-nación, y que para el ejercicio del derecho a la jurisdicción especial indígena resulta determinante su adscripción a un territorio (que no siempre es el originario, y que a veces está en disputa con otras comunidades o con el mismo Estado), la conformidad de las normas y procedimientos propios con los de la sociedad hegemónica (o sea que si son contrarios no pueden aplicarse, aquí el uso de la expresión contrarios sitúa en oposición binaria y antagónica todo lo que sea diferente, lo que no sea semejante) y unas reglas legales que establecerían unos mecanismos de coordinación, que a la fecha siguen sin darse, y que formuladas desde el poder legislativo, donde los indígenas distan mucho de tener una mayoría, obviamente tienen que recurrir a los criterios de valoración mayoritarios de quienes no son indígenas.

4. Lo que se quiere que digan los casos concretos

El uso de la semejanza y la tendencia a la homogeneidad patrocinados por este tipo de disposiciones terminaron por materializarse en las sentencias judiciales, de manera muy particular en las de tutela y constitucionalidad de la Corte Constitucional, que ante la ausencia de un Estatuto coordinador de las jurisdicciones y para poderle ser fiel tanto a los textos constitucionales y legales como a la normativa jurídica de las autoridades

¹⁷ “Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Constitución Política de Colombia.

¹⁸ “Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. Constitución Política de Colombia.

indígenas reconocidas por ellos, se ha visto en el trance de predicar la existencia de un “consenso intercultural” que permite una reconceptualización de los derechos fundamentales, el cual opera por duplicación de contenidos. En otros términos sería viable pensar que valores universales como la vida, la integridad personal, el debido proceso o la libertad tienen su doble, su correspondencia alterna, en los pueblos indígenas que simplemente los entienden de otra manera¹⁹.

De este modo los derechos pregonados por la sociedad occidental resultan los mismos de las sociedades no occidentales, y las diferencias que tan celosamente comienzan respetándose, terminan por construir pautas de cultura semejantes que tornan redundante la afirmación de las identidades étnicas, porque sencillamente, la fórmula política liberal del multiculturalismo, se asuma en el grado que se asuma, basta para contener en sí misma todas las alternativas culturales, étnicas o societarias gracias a su identificación en una representación lingüística y jurídica universal.

II. Sistema penal colombiano y diversidad cultural

1. Recapitulación

El sistema penal ha efectuado un curioso periplo frente al tema de la diversidad cultural y los indígenas. En los albores de la Constitución nacional de 1886 no se hablaba de indígenas en el Código Penal, ni mucho menos de diversidad cultural. Se trataba entonces de construir nación y para ello la política a seguir fue la de “reducción a la civilización”. El Código Penal de 1890, que no fue una excepción frente a sus predecesores, funcionó a dúo con la concepción evolucionista plasmada en la ley 89 de 1890, que estaba por fuera del código y que no se contraía a materias específicamente penales, sino a todas las materias legislativas. Esta ley discriminaba a los llamados indígenas “no civilizados” (“salvajes” y “semi-salvajes”), Para ocuparse solo de los indígenas reducidos a la “vida civilizada”, a los cuales se aplicaba la legislación penal.

¹⁹ Resulta al respecto, muy útil el estudio de sentencias como la T-349 de 1996, que fue en ese sentido pionera, o las sentencias T-523 de 1997, o T-266 de 1999, todas emanadas de la Corte Constitucional.

En el siglo XX, y en vigencia de la misma Constitución, surgieron dos códigos penales: uno, de inspiración italiana, en 1936; y otro, de inspiración alemana, en 1980. Solo en el segundo se habló expresamente de imputabilidad e inimputabilidad²⁰, conceptos jurídicos que apenas venían abriéndose paso en la doctrina que acompañó al Código Penal de 1936, sin que tuvieran espacio teórico en el modelo adoptado por la legislación de ese año.

Todavía para 1980 y los años que siguieron, incluso algunos de los posteriores a la vigencia de la Constitución Política de 1991, continuó planeando sobre la legislación penal el espectro del evolucionismo social, que por entonces hacía crisis, pues mientras algunos juristas consideraban que la ley 89 de 1890 estaba vigente en su artículo 1^o²¹ (hasta la misma Corte Constitucional lo afirmaba en 1994 sentencia T-254), otros consideraban que no lo estaba, discusión que terminó en abril de 1996, con la sentencia de constitucionalidad C-139 y el cambio a un modelo antropológico funcionalista, que promovió un uso flexible de la semejanza y una tendencia a la homogeneización, que se hicieron evidentes para agosto de ese mismo año, en la sentencia T-349, a partir del criterio de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvar intereses de mayor jerarquía”, Lo cual quería decir que la autonomía parcial de las comunidades indígenas se supeditaba a otros intereses como de mayor jerarquía, compartidos con la sociedad hegemónica. A partir de ahí comenzó un proceso de re conceptualización de ciertos derechos fundamentales (debido proceso, vida, integridad corporal, libertad)²², objeto de supuesto “consenso intercultural”, tal como quedó de manifiesto en sentencias posteriores de tutela (T496/1996, T523/1997, T-266/1999, T-239/2002), que homologaron o no las decisiones tomadas por las autoridades indígenas o por la justicia penal ordinaria, ante la

²⁰ La inimputabilidad se refiere a quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por las causas que menciona la Ley, que para 1980 eran inmadurez psicológica o trastorno mental. La imputabilidad era por el contrario, la capacidad de comprender la ilicitud de la conducta realizada, y de determinarse de acuerdo con esa comprensión.

²¹ Que era el que mencionaba a los “salvajes” y a las “incipientes sociedades”.

²² Benítez Naranjo, Hernán Darío, “La Corte Constitucional ¿juez penal?: el caso de la jurisdicción penal indígena”, en *Opinión Jurídica*, Facultad de Derecho Universidad de Medellín nro. 2 (julio – diciembre de 2002), pág. 55.

ausencia de una ley que estableciera las formas de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional.

Estas sentencias, que en constitucionalidad o tutela resultan a partir de 1996, están influenciadas, al igual que la redacción del artículo 246 y concordantes de la Constitución de 1991, por la legislación internacional, específicamente por dos convenios de la OIT: el 107 de 1957 y el 169 de 1989, vertidos al derecho nacional en las leyes 31 de 1967 y 21 de 1991, respectivamente. En las consideraciones previas, se consagra una política proteccionista e integracionista en el caso del primer convenio, que dará pie, en el segundo, a un cambio de orientación en la política internacional en este punto, que ya no es de asimilación, sino de supuesto fortalecimiento de las identidades de los pueblos indígenas y tribales y de su diversidad cultural, al amparo de los derechos humanos fundamentales universales, en virtud de que se reconoce la aspiración de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico “dentro del marco de los estados en que viven”. Ambas leyes permanecen inscritas en el modelo antropológico de respeto a costumbres e instituciones autóctonas, “siempre que no sean incompatibles con...” y aquí cabe cualquier cosa, según los vaivenes de la historia: la justicia, la moral, el orden público, la “acción civilizadora” de alguna nación en particular, los principios generales de la civilización, los intereses de la colectividad nacional, el ordenamiento jurídico del país, el sistema jurídico nacional, o finalmente los derechos humanos, como actualmente lo hace el discurso de la denominada globalización.

2. Inimputabilidad penal y diversidad cultural

Volviendo al concepto de inimputabilidad, que mencionáramos con referencia al Código Penal de 1980, este aparece asociado a los indígenas a través de la inmadurez psicológica²³ (lo cual no es novedoso, ya que el proyecto Córdoba de Código Penal de 1927, que jamás rigió, mencionaba a los indígenas no reducidos como inimputables, asimilados a menores de edad). en los proyectos de Código Penal que le precedieron, en

²³ Decía el artículo 96 en su párrafo tercero: “Cuando se trate de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”.

1974, 1976 y 1978, ya se había hablado de causales de inimputabilidad de carácter cultural, en disposiciones específicas, que no aludían ni a la inmadurez psicológica, ni al trastorno mental, pero que propugnaban por la socialización o la educación a través de la sanción (integración), para salvar los problemas que planteaba la diversidad cultural. El proyecto de Código Penal de 1998, que se convertía, con modificaciones, en el Código Penal que en la actualidad nos rige (Ley 599 de 2000), siguió afiliado a una concepción de inimputabilidad por razones culturales, introduciendo la “desadaptación socio-cultural” como nueva causa de inimputabilidad frente a las dos que ya traía el código de 1980 (inmadurez psicológica, trastorno mental)²⁴. En este orden de ideas, el indígena pasó de una vaga ubicación en la inmadurez psicológica, a la de desadaptación socio-cultural frente a la cultura hegemónica. Para cuando se aprueba el Código Penal de 2000, actualmente vigente, el término “desadaptación socio-cultural” ha sido reemplazado por “diversidad cultural”²⁵.

La situación se puede resumir así: durante el imperio de la Constitución nacional de 1886, se usó el término “indígena” que, como se ha dicho en otra parte²⁶, reduce una multitud de interlocutores a una ficción conceptual, y que, ya haga énfasis en lo racial, lo cultural o lo pre-hispánico, apunta siempre a una política integracionista²⁷. Ese “indígena”, paradigma de diversidad, se ha asociado sucesivamente con los términos “salvaje no reducido a la vida civilizada” (1890), “inimputable” (1974, 1976, 1978), “inimputable por inmadurez psicológica” (1980). En vigencia de la Constitución Política de 1991, se pasó de “indígena inimputable por inmadurez psicológica”, a “inimputables por diversidad socio-cultural”. En el curso del siglo XIX al XXI, son detectables al menos, los siguientes cambios: el primero es que la categoría “indígena” pasó, de prototípico

²⁴ El proyecto de 1998 decía: Art. 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, o desadaptación socio-cultural”.

²⁵ “Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural o estados similares”.

²⁶ Benítez Naranjo, Hernán Darío, “Jurisdicción especial indígena y antropología jurídica (apuntes para una reglamentación)”, en *Revista Universidad de Medellín* nro. 60 (abril 1995), pág. 55.

²⁷ Gómez, Herinaldy, “Problemas y avance de la antropología jurídica en Colombia”, en Sánchez, Esther, *Antropología jurídica: Normas formales: Costumbres legales en Colombia*, Santafé de Bogotá, Ediciones Antropos, 1992, pag. 40.

único legal de diversidad en materia penal (no se habló de los grupos de origen africano, ni de los gitanos, ni de los raizales de la isla de San Andrés, por ejemplo), a categoría particular subsumida en la genérica “diversidad socio-cultural”; el segundo es que el control punitivo del indígena pasó, en la Colombia republicana, de los religiosos a los laicos bajo la figura del “inimputable”.

Ahora bien, el término “inimputable” implica, para el sistema penal, la referencia al individuo que comete conductas catalogadas y desvaloradas por la ley (típicas y antijurídicas), sin tener la capacidad de comprender su ilicitud, o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio-cultural o estados similares. Su correlato en oposición es el “imputable”, que a contrario del “inimputable”, posee la capacidad de comprender su ilicitud, precisamente porque posee la de comprender sus actos y de determinarse de acuerdo con esa comprensión. El “imputable” constituye pues una construcción realizada por el sistema penal a partir de los metarrelatos de la Modernidad decimonónica: individualismo, racionalidad, libertad de voluntad e Igualdad, no entre los mismos individuos, sino con respecto a la Ley. Se trata entonces de una calificación convencional, de una “capacidad” configurada a través de una abstracción mínima de atributos que permiten establecer una situación de semejanza entre los sujetos sobre los que impera la ley, situación que permite crear una base homogénea que supera ciertos tipos de diversidad, presentes hacia el interior de la misma cultura hegemónica occidental.

Obviamente, eso genera problemas a la hora de ejercer el poder establecido y contenido en la Ley, porque se supone que todos, absolutamente todos, han de estar subordinados a ella, aún los que no participan de esos atributos mínimos convencionales. Para ellos, excluidos de la participación en el conjunto de semejanzas que conforman la categoría “imputable”, que agrupa, a la vez, una serie de subcategorías, convencionales ellas también y condicionadas a partir de los grupos de semejanzas que configuran “causas” o “causales” de inimputabilidad: los niños y los jóvenes, los discapacitados mentales, los que no pertenecen a la cultura dominante y los que se hallen en “estado similares” - cualquier cosa que signifique esta expresión incluida en la fórmula legal de

inimputabilidad para el entendimiento del legislador y del intérprete colombianos-. Pero esta exclusión lo es frente a cierto tipo de sanción, frente a la pena, cosa que está lejos de ser una ventaja: para los excluidos hay otro tipo de sanción, que permite aplicarles la ley penal de otra manera. Hay un uso alterno e interesado de la diferencia y la semejanza, que desemboca en la aplicación de la ley penal para todos, y cuando se dice aplicación de la ley penal, se dice sanciones (medidas de seguridad).

3. La estigmatización de la diversidad cultural a través de la inimputabilidad

La “inimputabilidad” se ha convertido pues en un amplificador de la Selectividad penal, al aumentar, a través de descriptores tan abiertos como “diversidad socio-cultural” o “estado similares”, el rango de las personas incapaces sobre las que se cierne la ley penal. No es esto un fenómeno aislado, pues también para los “imputables” se ha acrecentado, en los últimos tiempos, tanto el número de conductas delictivas en las que pueden incurrir, como la cantidad de pena a imponer por cada una de esas conductas. En el caso de los “inimputables”, la Selectividad se manifiesta desde un “estado”, que despoja la diversidad sociocultural de su condición de característica compartida por un grupo de personas en términos de identidad y significaciones, pues la definición de lo que es un “estado” evoca una sucesión de modos de ser de una persona o cosa, sujeta a cambios que influyen en su condición.

Aunque habitualmente el mero estado de vulnerabilidad frente al poder punitivo no determina en forma directa la criminalización, la ampliación de la Selectividad que se propicia de esta manera favorece la exposición ante ese poder punitivo por parte de quien se encuentra en una “situación concreta de vulnerabilidad”, es decir, de quien solo ha de realizar un mínimo esfuerzo personal por alcanzar esta situación concreta de vulnerabilidad, lo que se reprocha pues, es el esfuerzo mayor o menor en ese sentido, como lo pone de manifiesto Zaffaroni²⁸.

²⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl/Alagia, Alejandro/Slokar, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 624.

En otras palabras, si lo que se criminaliza es la diversidad sociocultural (como estado, no como situación), basta con la ostentación de la misma a través de cualquier pauta de conducta que, sometida o no a control social en su entorno, sea a la vez estigmatizada como delictiva por la sociedad hegemónica.

Es el signo de una época en la que, frente a la pareja dialéctica Estado de derecho - Estado de policía, La balanza se inclina por este último, mientras resuena el discurso de la fanfarria liberal. en el marco de un derecho penal que se desentiende de legitimar el ejercicio del poder punitivo, ya que éste es simplemente un hecho de poder que se trata de contener, hay que tener presente que “la legitimidad del derecho penal como saber radica en su capacidad limitante del poder punitivo”²⁹.

4. La reacción de la Corte Constitucional frente a la estigmatización de la diversidad por inimputabilidad

Ante esta situación, se produjo una demanda de inconstitucionalidad, solicitando la declaratoria de inexecutable de la expresión “diversidad cultural” En el contexto del artículo 33 del Código Penal vigente. Paralelamente, la demandante solicitaba lo mismo frente a los artículos 69 numeral 4° (que consagraba la reintegración al medio cultural propio, como medida de seguridad para el inimputable por diversidad cultural)³⁰ y 73 (que decía en qué consistía esa reintegración)³¹. Lo anterior, en virtud de que la regulación demandada desconocía las autoridades indígenas, a la par que era discriminatoria, atentatoria contra el pluralismo (el indígena es inimputable por poseer una cosmovisión

²⁹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, “Culpabilidad por la vulnerabilidad”, en *Revista Anthropos*, Alessandro Baratta, El pensamiento crítico y la cuestión criminal nro. 204 (octubre-diciembre de 2004), pág. 142.

³⁰ Artículo 69. Medidas de seguridad. Son medidas de seguridad: 1. La internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada. 2. La internación en casa de estudio o trabajo. 3. La libertad vigilada. 4. La reintegración al medio cultural propio.

³¹ Artículo 73. La reintegración al medio cultural propio. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca. Esta medida tendrá un máximo de diez años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección. En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito.

diferente y no compartir los valores occidentales) y que consideraba una sanción lo que no era más que un derecho (hacer parte de su conglomerado social).

La Corte Constitucional, en sentencia 370/2002, accedió a las pretensiones de la demanda en los casos de las dos normas tocantes con el reintegro al medio cultural propio, por considerar que penalizaban la diversidad cultural. Aún más, dando por hecho que configuraba unidad normativa con las disposiciones acabadas de aludir, que se declararon inconstitucionales, extendió el fallo a la integridad del texto del artículo 378 (no demandado) de la ley 600 de 2000, por entonces el Código de Procedimiento Penal vigente en todo el territorio nacional, el cual prescribía como medida de protección contra el “indígena inimputable por diversidad cultural”, Si el perito oficial la aconsejaba, “la reintegración provisional a su medio social”³². También preceptuó que antes de echar mano de la Inimputabilidad por diversidad sociocultural, el juez debía examinar en primer término si concurría alguna de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas en el Estatuto penal y, en especial, si existía el llamado error invencible de prohibición (por condicionamiento cultural), que garantizaba la absolución de cualquier persona, imputable o no.

Sorprendentemente, la Corte no fue más allá y mantuvo la inimputabilidad del indígena por “diversidad socio-cultural”, Si bien condicionó su exequibilidad. Admitió la corporación que la expresión acusada presentaba problemas constitucionales, pues afectaba la igualdad, el principio de proporcionalidad en materias penales y la diversidad cultural, pero también dijo que paradójicamente la supresión de la expresión haría que los grupos culturalmente diversos pudieran ser sancionados penalmente como imputables, mientras que la expresión atacada como inconstitucional los protege al declararlos inimputables. Además, se dijo también que se trataba de proteger a los miembros de la sociedad nacional de los grupos culturalmente diversos.

³² Artículo 378. De los indígenas. Cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad socio-cultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social.

La Corte estimó que este era un caso de responsabilidad sin consecuencias penales (¿?), De tal manera que el inimputable por diversidad socio-cultural debe responder penalmente, “*mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional*” (Cursiva fuera de texto), llevando el proceso hasta su terminación (“salvo que existan causales de cesación o preclusión”) aunque nos impongan medidas de seguridad (fundamento 35 de la sentencia). El proceso penal tendría así cuatro finalidades (conclusiones 1 y 2, fundamento 37 de la sentencia):

- i. Garantizarle al inimputable la exoneración de responsabilidad por atipicidad de la conducta o porque exista una causal de justificación o inculpabilidad.
- ii. Usar el proceso como espacio de diálogo multicultural, para “explicarle” al inimputable que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural.
- iii. Permitir que las víctimas ejerzan sus derechos constitucionales y legales.
- iv. Evitar que el inimputable, durante el proceso, sea afectado por medidas de aseguramiento o protección en su contra.

A todas estas razones solo se opuso, en salvamento parcial de voto, el magistrado Montealegre Lynett, quién, irónicamente era el ponente y figura como tal en la sentencia. Dijo este que a su juicio, la sentencia era un avance, en el sentido de las declaraciones de inexequibilidad de las normas retiradas del ordenamiento jurídico, Pero que en tanto mantuviera la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, Esta comportaba un sesgo peyorativo, ya que en el fondo es un predicamento de incapacidad y esta “es de la esencia misma del concepto de inimputabilidad” (fundamento 1 del salvamento de voto). la solución consistía en declarar la inexequibilidad de la expresión “diversidad socio-cultural”, y precisar, por medio de una sentencia integradora³³, que los casos de inimputabilidad por diversidad cultural se encuentran previstos como una “*causal de inculpabilidad de rango constitucional, del error de prohibición culturalmente condicionado*” (fundamento 1 del salvamento de voto).

³³ La cual permite llenar vacíos de regulación con un nuevo mandato que la sentencia integra al sistema jurídico, proyectando directamente los mandatos constitucionales en el ordenamiento legal, tal como quedó establecido por la Sentencia C-112 de 2000, fundamento 17.

Y continúa preguntándose si “... en un Estado multicultural que reconoce y promueve la diversidad, es legítimo exigir de los indígenas, o de los miembros de grupos culturales diversos, que desplieguen un extremo deber de diligencia, a fin de familiarizarse con los valores culturales dominantes y con los bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal nacional...” para contestar que la respuesta no puede ser más que negativa, pues están de por medio los artículos 7, 8 y 70, que reconocen la dignidad de todas las culturas y la protección de la diversidad cultural, pues resulta desproporcionado exigir a los grupos culturales minoritarios un máximo cuidado en el esfuerzo de relacionarse con los valores culturales dominantes: “Admitir Que se puede imponer esa exigencia equivale a admitir una forma de criminalización de la diversidad cultural” (fundamento 3 - salvamento de voto).

No escapa a la inteligencia del autor del salvamento que no todos los casos en que alguien, por su diversidad cultural, cometa una conducta típica y antijurídica, sin que le sea dado comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, no va a encontrarse todas las veces en un error invencible de prohibición (es decir, en una situación en la que pese al esfuerzo de su diligencia y cuidado, no le sea dado acceder al grado de comprensión o determinación necesaria para evitar el delito) pues el error en el que actúa el agente puede ser a veces evitado; lo que ocurre es que si la Carta reconoce un Estado multicultural, es porque impide connotaciones descalificantes o peyorativas para la diversidad cultural y, en consecuencia, para estos últimos casos, opera un error culturalmente condicionado.

Es procedente recordar lo dicho atrás: criminalizar la diversidad cultural a través de la inimputabilidad es reconocer por ley un estado de vulnerabilidad, para las personas que pertenecen a las minorías culturales portadoras de convicciones, intereses o valores diferentes de los hegemónicos. En tanto estas personas han de realizar ellas mismas un ingente esfuerzo por acceder al grado de comprensión para determinar su actuación frente a las normas de la sociedad mayoritaria, ello implica, paradójicamente, un menor esfuerzo para que se concrete en ellos el poder punitivo, y para que aumente a su respecto la

selectividad penal. ¿Por qué esa insistencia, primero del Legislador y luego de la Corte, en mantener, así sea sin consecuencias sancionatorias aparentes y a través de una figura tan extravagante como la responsabilidad penal sin sanciones, la criminalización de la diversidad, aún en contra de la Carta?

Por desgracia, la ponencia inicial no fue acogida sino parcialmente y a ella se debe lo positivo que la sentencia tiene (supresión de la reintegración al medio social como sanción-medida de seguridad, y de la medida de protección intra-proceso que consiste en lo mismo)³⁴, aunque el hecho de dejar vigente la inimputabilidad por “diversidad cultural”, ya ha empezado a traer consecuencias que de ninguna manera pueden calificarse como convenientes, no solo para la diversidad, sino también para la misma Jurisdicción Especial Indígena.

5. Las consecuencias de la criminalización de la diversidad cultural a través de la inimputabilidad para el fuero indígena y la Jurisdicción Especial Indígena

La sentencia C-370 de 2002 acusa un severo rompimiento con la tendencia a desplazar el control social secundario (el que se realiza a través de sanciones penales) del Derecho Penal al Derecho Constitucional, Que venía afinándose a través de una serie de sentencias de Tutela, cuyo punto culminante acaso sea la sentencia T-496 de 1996³⁵. En

³⁴ Es muy claro que la medida de seguridad es sanción (art. 3º del código penal), y que no puede ser sanción ser reintegrado al propio medio cultural, a no ser que se trate de un confinamiento disfrazado. Resultaba curioso eso de que podría cesar el reintegro al medio cultural propio (si el medio es el propio, ¿A dónde va ir el sujeto una vez termine de cumplir la medida? ¿al mismo medio donde cometió la conducta típica y antijurídica por ser socioculturalmente diferente?), por no hablar de las “necesidades de protección” de la “comunidad”; ¿se refiere a la cultura hegemónica o a la propia? ¿es la diversidad sociocultural peligrosa para la sociedad hegemónica? Tampoco puede confundirse la medida de aseguramiento con la medida de seguridad, como lo hacía el artículo 378 del código de procedimiento penal de 2000.

³⁵ Ya se había dicho que en el plano jurídico se había operado un desplazamiento del derecho penal, titular del control social secundario, al derecho constitucional, asunto que se materializaba en tres aspectos relevantes en la jurisprudencia: 1) la tensión entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la legitimidad que ostentan las autoridades judiciales de la sociedad nacional para verificar la contrariedad o no de las propias normas y procedimientos de los pueblos indígenas con la Constitución y las leyes; 2) la reconceptualización de ciertos derechos fundamentales propios de la sociedad hegemónica en la perspectiva indígena; 3) la adopción del fuero indígena. Benítez Naranjo, Hernán Darío, “La Corte Constitucional ¿juez penal?: el caso de la jurisdicción especial indígena”, en Opinión Jurídica, Facultad de Derecho Universidad de Medellín nro. 2 (julio – diciembre de 2002), págs. 53-55-56.

esta última, a propósito de un conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria penal y la Jurisdicción Especial Indígena, planteado primero por un miembro de un grupo étnico local del departamento del Huila, y luego por el juez de tutela de segunda instancia, la Corte puntualizó lo siguiente:

- i. “Abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no solo es inadecuado, sino que es *incompatible con la filosofía de la carta política de 1991*” (cursiva fuera de texto). En el mismo sentido va el salvamento parcial de voto del magistrado Montealegre Lynett, Invocado anteriormente (fundamento 8). Decía allí que el comportamiento de quien realiza un hecho típico y antijurídico, obedeciendo a valores culturales diferentes a los previstos en el ordenamiento penal, es inculpable, o si no fuere así, “su comportamiento puede caer en el ámbito penal. *Y en caso de ser un indígena, será juzgado, ya sea por la justicia nacional, ya sea por las autoridades indígenas, según los principios que regulan la articulación entre esas jurisdicciones, que ya fueron explicados por esta corte en anteriores oportunidades*” (cursivas fuera de texto) Y se remite en nota al pie, a las sentencias T-496 de 1996 y T- 344 de 1998; Todo lo anterior nos conduce al siguiente asunto.
- ii. El indígena tiene derecho a un fuero, derivado del reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena. Aunque este reconocimiento al fuero no logró delimitar muy precisamente cuándo, ante los hechos acaecidos, correspondía a actuar a la Jurisdicción Especial Indígena o a la Jurisdicción penal ordinaria, sí precisó los dos elementos: uno *personal*, “con que se pretende que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su comunidad”³⁶ y otro *geográfico o territorial*, “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio”³⁷.

³⁶ Sentencia T-496 de 1996, fundamento 2.2.

³⁷ Sentencia T-496 de 1996, fundamento 2.2.

Como puede observarse, la Sentencia C-370 de 2002 desconoció estos hitos contenidos en los fallos predecesores. La preocupación de la Corporación está centrada en el mayor alcance de la expresión “diversidad socio-cultural”, Que no solo cobijaría a indígenas, y en la aplicación de las normas acusadas por inconstitucionales a quienes hagan parte de un grupo cultural que posea “un medio cultural propio definido” (nunca se precisa en qué consiste eso) y unas “autoridades propias reconocidas por el estado” (fundamentos 6 y 17 de la sentencia). Como estas últimas características se desprenden del texto de los artículos que más adelante se ve obligada la Corporación a declarar inconstitucionales (los que tratan del reintegro al medio social, uno de los cuales, el 73, se refería a las autoridades, o sea la ordinaria y a “la propia de la cultura a la que se pertenezca”), Hubo de mantenerse la expresión “diversidad socio-cultural” en la regulación de la inimputabilidad del art. 33 del Código Penal, exigiendo el rito de un proceso penal sin responsabilidad, pero con *autoridad*, que no sería otra que la hegemónica.

En el texto de la sentencia C-370 de 2002, se produce una especie de subrogación de los elementos propios del fuero indígena: de lo “personal” y lo “geográfico”, se pasa a la “autoridad propia”, que lo es en virtud de su reconocimiento por la autoridad del Estado, y al “medio cultural propio”, como espacio donde se ejerce esa autoridad. Sería sí ingenuo pensar que dentro de los elementos del fuero no se hallaba presente la autoridad. Sí lo estaba, pero ocurría que eran el sujeto o la comunidad los que reivindicaban su pertenencia a una cultura, para que las autoridades de esta actuaran; o que el lugar o territorio tenido como propio, y que era el ámbito donde se vivía esa cultura, determinara la competencia de la autoridad juzgadora. En ambos casos, el papel que jugaba la autoridad, siempre presente, es más discreto. El primer plano queda para la cultura, el segundo para la autoridad propia de esta. La línea va de la cultura a la autoridad, no a la inversa. Hay un margen de discreción para la identificación con la comunidad o la tierra.

En la sentencia comentada se echa de ver, desde la sinopsis de los conceptos confusos en mayor o menor medida, de los expertos consultados, antropólogos y abogados, pasando

por el de la Procuraduría³⁸, que hay un *énfasis en el concepto político de autoridad y en el proceso a seguir para establecer su legitimidad* (si el reconocimiento viene desde el interior, desde el propio grupo o a partir del exterior; de la sociedad nacional, por la ley, o por un perito, así se le exijan a este último requisitos que acrediten la vinculación con “su” grupo). El uso que a lo largo de la providencia se hace de la terminología se inscribe de manera manifiesta en una óptica política. El lenguaje empleado a lo largo de la providencia no deja espacio para dudas, resultando frecuente la utilización repetida de términos como “minorías culturales”, “pluralismo”, “autoridad propia reconocida por el Estado”, Alrededor de los cuales gira otra constelación de términos como “cosmovisión”, “cultura indígena”, “grupos étnicos”, que a veces son usados como si fueran sinónimos.

El fondo del asunto es pues, político: si por fuerza de la misma declaratoria de inexecutable del artículo 73 del Código Penal no es posible recurrir a autoridades propias reconocidas a su vez por la autoridad del Estado, que por lo menos recaiga directamente esa autoridad del Estado sobre los grupos culturalmente diversos en forma inmediata, pues no siendo posible sancionar a quienes perteneciendo a ellos infringieron una norma de la cultura hegemónica, debido a que se declara inexecutable la medida de seguridad inicialmente preceptuada por el legislador, sí puede hacerse sentir la autoridad

³⁸ Este concepto es el más dramático: La Procuraduría pidió, no solo mantener la executable, condicionándola, de la inexecutable por diversidad cultural, y de la medida de seguridad de reintegración al medio cultural propio (o sea el párrafo primero del artículo 73) declarando inexecutable todo lo demás; lo cual daría origen al siguiente esquema: si el indígena tiene fuero en los términos de la sentencia T-496 de 1996, se lo juzga por las autoridades de su propio grupo, siempre que la conducta realizada no sea permitida en su grupo. Si no lo tiene, y el hecho se comete por fuera del territorio de “su” comunidad, lo juzga la autoridad judicial nacional declarándolo inexecutable por diversidad socio-cultural (siempre que no haya “minusvalía psicológica o mental del indígena) y entregándolo a “su” comunidad, debiendo distinguir aquí dos situaciones: o la conducta es permitida en la comunidad referida, y en ese caso, quién la realizó y quienes lo reciben deben tomar nota y abstenerse de practicarla por “fuera de su territorio”; o, segunda situación, la conducta por la cual se le juzgó y se le declaró inexecutable no es permitida en “su” grupo, y en consecuencia el sujeto debe ser juzgado por “sus” normas. A todo lo anterior añade la Procuraduría que el retorno del propio medio cultural no está sometido a mínimos o a máximos, “dado que el indígena debe permanecer en su comunidad” y que la reintegración no es una sanción, sino una medida de protección “tanto para la comunidad que integra la cultura mayoritaria, como para el indígena”. Podemos concluir, ante esta lógica tan peculiar, que la Procuraduría desconoce el contexto de los artículos 3° y 5° del Código Penal que dicen que las medidas de seguridad son sanciones, y que una de sus funciones es la protección. Como sea que la inexecutable y este tipo de medidas tienen por ocasión la peligrosidad del autor, podría interpretarse que la diversidad sociocultural que se manifiesta fuera de su territorio puede llegar a ser peligrosa para la sociedad mayoritaria, y por ello lo mejor sea confinar en guetos, de los cuales es deseable que nunca salgan, a quienes hagan ostentación de características culturales que vulneren normas dominantes.

del Estado, por una parte, a los no sancionados, que serán los más, quienes habrán de tomar nota del juzgamiento de los sancionados; y por otra parte, a estos últimos, porque el proceso penal es, en sí mismo, sancionatorio, implica una constrictión y un sometimiento al poder para quien lo sufre, no es ningún “espacio privilegiado de diálogo intercultural”, como melifluamente se quiere hacer ver.

Y es una política que establece dos modos de acción: o el culturalmente diverso se rige por sus autoridades y las normas de ellas, soportando De todos modos un doble control político-social al nivel individual: el de su propia autoridad, y el de la autoridad del Estado, que a los ojos de la sociedad hegemónica es el que reconoce a la primera; o se somete directamente, aunque sin consecuencias sancionatorias evidentes, a la autoridad estatal, en este caso sin el intermediario local, que no por ello deja de estar sometido.

En conclusión, la Corte ha dado un viraje jurisprudencial, posibilitando que el control social secundario vuelva a ser ejercido parcialmente por las autoridades penales, a través del error de prohibición o de la inimputabilidad, pues en la medida en que se apele a la armonía por establecer a partir de una futura ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, Y no hacia los principios que por jurisprudencia constitucional han regido la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena, Se tiende a abandonar el modelo en el cual la Corte llenaba con sus criterios y disposiciones el vacío legal sobre las formas de coordinación de ambas jurisdicciones a través de la revisión de los fallos de tutela.

6. La puesta en marcha del sistema penal acusatorio: ¿la reafirmación de la criminalización de la diversidad cultural?

En el Código de Procedimiento penal expedido en 2004, Que consagra el sistema acusatorio (Ley 906), encontramos el artículo 470, que reza así:

“Artículo 470. Medidas de seguridad para indígenas. Corresponde a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad disponer lo necesario para la ejecución de las

medidas de seguridad aplicables a los inimputables por diversidad sociocultural, En coordinación con la máxima autoridad indígena de la comunidad respectiva”.

Es copia fiel del artículo 479 del Código de Procedimiento Penal de 2000, en el texto se emplean las expresiones “indígenas” y “autoridad indígena de la comunidad respectiva” como equivalente de la expresión “inimputables por diversidad sociocultural”. O sea que la expresión inimputable por “diversidad sociocultural” pierde en este punto el alcance general que le asignan el Código Penal de 2000 en el artículo 33, y la Sentencia C-370 de 2002, Contrayéndose a “indígenas” y dejando por fuera otros tipos de diversidad cultural. Tiene, además, la particularidad de restringir autonomía a la autoridad indígena (Jurisdicción Especial Indígena), que debe actuar en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, para imponer la medida de seguridad, *que no se sabe en qué consiste*. Como el juez de penas y medidas de seguridad solo dispone la ejecución de las sanciones, y no juzga, el juzgamiento de este “indígena” previamente le ha correspondido al juez de conocimiento, por lo cual se puede concluir que esa competencia tampoco le correspondería a la Jurisdicción Especial Indígena. O sea, se reduce la autonomía del juez indígena que se convierte en un ejecutor del ejecutor de una sanción que ha sido impuesta por otro funcionario.

Llama la atención la coincidencia de este texto con el del inexecutable artículo 73 del Código Penal de 2000; se diferencian en que el último era más genérico e incluía en su redacción a otros grupos portadores de diversidad cultural no indígenas; también en que, por la misma razón, se refería a la “autoridad de la cultura” a la que perteneciera el sujeto al que debía aplicarse la medida de seguridad; finalmente el mismo artículo 73 señalaba que la medida era la “reintegración al medio cultural”, la cual era la medida aludida por el comentado 479 del Código de Procedimiento Penal de 2000, que no fue declarado inconstitucional (vale señalarlo como inconsecuencia, porque en el presente, de todas formas esta última disposición no rige).

El legislador del 2004 se limitó a traer la fórmula del 2000, prácticamente sin advertir la sentencia C-370 de 2002 y por eso es que se consagra una medida de seguridad que no se

sabe en qué consiste, lo cual deja que desear en materia de legalidad, puesto que se consagra hacia el futuro una sanción indeterminada en su calidad. Tampoco la Corte Constitucional tuvo en cuenta en la sentencia C-370 de 2002, El artículo 479 del Código de Procedimiento Penal de 2000. ¿Por qué no lo declaró también inexecutable, como lo hizo con el 378 del mismo Código, argumentando “unidad normativa”?; ¿por qué un texto que se refiere también a indígenas inimputables por diversidad socio-cultural, En términos de imposición de medida de seguridad, no tiene “unidad normativa” con los mismos indígenas cuando previamente son sometidos a la medida de aseguramiento que apuntaba a la misma “reintegración al medio cultural”?; ¿Por qué El legislador usaba la expresión “medio cultural” en los artículos 69 y 73 del Código Penal de 2000 y la expresión “medio social” en el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal de 2000?; ¿por qué El legislador hacía un uso restringido de la expresión “diversidad sociocultural” en los Códigos de Procedimiento Penal referidos, y un uso más amplio en el Código Penal?

el aludido artículo 470 del Código de Procedimiento Penal de 2004 fue demandado y declarado executable por sentencia C-591 de 9 de junio de 2005 “en el entendido de que esta norma será aplicable cuando el legislador establezca la medida, respetando lo establecido en la sentencia C-370 de 2002”³⁹, o sea queda pendiente decir cuál es la medida de seguridad que se aplica a los indígenas, para que pueda regir el texto del artículo 470, con lo que parece entrar en el nuevo sistema acusatorio la tendencia a la criminalización de la diversidad sociocultural.

³⁹ Sentencia C-591-05. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.