

EGUZKILORE

Número Extraordinario 11.

San Sebastián

Diciembre 1997

201 - 211

APROXIMACIÓN CRIMINOLÓGICA Y VICTIMOLÓGICA A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA EN COLOMBIA

Prof. D. Julio Andrés SAMPEDRO ARRUBLA

*Facultad de Ciencias Jurídicas
de la Pontificia Universidad Javeriana
Santafé de Bogotá*

Resumen: Partiendo de una presentación de la situación social y legal del indígena en Colombia se comenta el reconocimiento de los derechos humanos a estas comunidades y la necesidad de su garantía efectiva. Asimismo se analiza su problemática como sujeto pasivo del delito y la discriminación a que ha sido sometido en su contacto con el sistema penal.

Laburpena: Kolonbian bizi diren indigenen gizarte eta lege egoeraren aurkezpenean oinarrituz, komunitate horiek behar dituzten giza eskubideen aitormena eta eskubideok betetzeko bermea komentatzen da. Komunitate horrek, sistema penalarekin izan dituen kontaktoetan bereizkeria jasan du, eta bereizkeria horren sujeto pasiboa izan da. Egoera horrek sortzen dituen arazoak ere aztertzen dira.

Résumé: En partant d'une présentation de la situation sociale et légale de l'indigène en Colombie, le texte parle à propos de la reconnaissance des droits de l'Homme à ces communautés et la nécessité de leur garantie effective. De même, on analyse leur problématique comme sujets passifs du délit ainsi que la discrimination subie à partir de leur contact avec le système pénal.

Summary: Starting from a presentation of the social and legal situation of natives in Colombian, the human rights acknowledgement to these communities and their effective pledge's need are commented in this text. Their problem as passive subject of crime and discrimination on penal system is likewise commented.

Palabras clave: Criminología, Victimología, Comunidades Indígenas, Derechos Humanos, Sistema Penal.

Hitzik garrantzizkoenak: Kriminologia, Biktimologia, Komunitate indigenak, Giza eskubideak, Sistema penala.

Mots clef: Criminologie, Victimologie, Communautés Indigènes, Droits de l'Homme, Système Pénal.

Key words: Criminology, Victimology, Indigenous communities, Human Rights, Penal system.

1. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS INDÍGENAS

Hace quinientos años la raza indígena poblaba de manera integral el territorio colombiano, hoy, tras una historia oprobiosa de exterminio y discriminación, representa menos de un millón de habitantes en una población de 35.866.280, es decir, que a lo largo de cinco siglos la población indígena pasó de ser el 100 % de los habitantes a constituir menos del 2% de ellos. Los pueblos indígenas se encuentran localizados en 190 municipios distribuidos en 27 de los 33 departamentos (provincias) colombianos y ocupan 27,6 millones de hectáreas¹. Entre ellos, algunos a punto de desaparecer: los Pisamira del Vaupes con 54 personas, los Chiricoa en el Llano con 61 miembros, los Taiwano con 19, y los Yauna con 20.

Esta situación hace que en Colombia adquiera una fundamental importancia el tema de los derechos humanos de los indígenas, pues se trata de una cuestión de supervivencia, de preservación de la vida como pueblo, como grupo étnico diferenciado².

Desde la segunda mitad de la década de los 70 el Estado colombiano ha tenido una política cada vez más abierta al reconocimiento de los derechos humanos a las comunidades indígenas, como consecuencia de dos factores determinantes: la lucha del movimiento indígena y la toma de conciencia de la sociedad colombiana sobre la existencia de la diversidad social.

En desarrollo de esta política se crearon figuras como las reservas y los resguardos a través de las cuales se reconocieron los derechos de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva de la tierra, con un carácter imprescriptible³; se inició igualmente una política de protección de las lenguas indígenas y recuperación de la cultura, mediante la formación de profesores indígenas con el fin de fomentar la educación de acuerdo con sus valores.

Con la expedición en 1991 de una nueva Constitución Política se inició una nueva era para los derechos de los grupos étnicos del país. Se reconoció a las comunidades indígenas el derecho a la existencia como comunidades distintas dentro de la unidad nacional, su derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social.

La comunidad indígena se reconoce como un “sujeto” de derechos humanos, dotada de una singularidad propia la cual se basa en que su cultura corresponde a una forma de vida que se concreta en un modo de ser y actuar en el mundo que de ser desconocido, puede, incluso llevar a su extinción.

1. Los departamentos con mayor porcentaje de población de raza indígena son Guainía, con el 97%; Vaupés, con el 48 %; Amazonas, con 28 %; Cauca, 23%; y la Guajira con el 22,4%. En “La Pelea por el Petróleo” de José Triana, Revista *Diners*, Mayo de 1997, pág. 28.

2. El Profesor ANTONIO BERISTAIN afirma que las coordenadas fundamentales de la criminología son la dignidad humana, la libertad y la justicia; y sus metas el desarrollo de los derechos humanos y los valores deontológicos, “no menos en el tercer mundo”. *Criminología, Victimología y Cárceles*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Santafé de Bogotá, 1996, Tomo I, pág. 249.

3. El Resguardo, de creación colonial y ratificada por la Ley 89 de 1890, declara las tierras como una posesión inalienable de un grupo de hombres que forman una parcialidad; en la Reserva la tierra sigue siendo propiedad del Estado que la da en usufructo a una comunidad indígena.

Así lo expresó la Corte Constitucional:

“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferente a los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es al contrario a los principios constitucionales de la democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos...”⁴.

Con esta sentencia se reconoce que la vulneración de los derechos humanos de los miembros de las comunidades indígenas es entendida como una violación a los derechos de la comunidad, pues no resulta posible hablar de reconocimiento a la protección étnica y cultural, si no se otorga personería sustantiva a las comunidades indígenas que les asegure su posición para gozar de los derechos fundamentales y exigir su protección cuando sean violados.

Sin embargo, históricamente los indígenas colombianos han sido tratados como “salvajes”, como “débiles mentales”, en un proceso de subvaloración de su cultura que ha llevado a los gobiernos a la adopción de medidas que, en la mayoría de los casos, no es otra cosa que la institucionalización de la más oprobiosa discriminación racial.

A esta subvaloración cultural debe añadirse el despojo sistemático de sus tierras. Hoy en Colombia se está librando una feroz batalla por la tenencia de la tierra, la explotación de los recursos naturales y el derecho de los indígenas a no ser desplazados de sus territorios para dar paso al “progreso”, se ha estado viviendo una sistemática violación a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, como veremos a continuación.

2. EL INDÍGENA COMO SUJETO PASIVO DEL DELITO

El fenómeno de la criminalidad relacionada con los indígenas está íntimamente ligado al problema de exterminio, integración y discriminación a que sistemáticamente han sido sometidas sus comunidades desde la llegada de los primeros europeos. Fray BARTOLOME DE LAS CASAS, en su obra “Brevisima relación de la destrucción de las Indias”, transcribió una carta de un hombre que contó las “obras que hacía y consentía” el conquistador Cordobés Sebastián de Belarcazar:

4. Sentencia T-380 de 1993, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

“... dio licencia que los echasen en cadenas y prisiones, y así los echaron, y el dicho capitán traía tres o cuatro cadenas dellos para él, y haciendo esto y no procurando de sembrar y poblar (como se había de hacer), sino robando y tomando a los indios la comida que tenían, vieron en tanta necesidad los naturales que se hallaban mucha cantidad dellos en los caminos muertos de hambre. Y en ir y venir a la costa de los indios, cargados de las cosas de los españoles, mató cerca de diez mil ánimas, porque ninguno llegó a la costa que no muriese...”⁵.

La historia de los indígenas esta constituida por 500 años de discriminación, explotación y opresión, prueba de ello está en que el total de la población indígena a la llegada de los españoles se ha calculado entre seis y diez millones de personas, y hoy sólo quedan 574.482, según el último censo oficial.

Aunque no resulta del todo acertado analizar la problemática indígena desde el punto de vista exclusivo de los abusos y persecuciones de las cuales han sido objeto, es preciso reconocer que allí se ha presentado, históricamente, uno de los aspectos de mayor victimación.

Cinco meses después de expedida la Constitución de 1991, en la cual, como ya se dijo, el Estado Colombiano se compromete a reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, se produjo la llamada “*masacre del Nilo*” en la cual murieron 26 indígenas paeces el 16 de diciembre de 1991.

Durante los cuatro años de gobierno de CESAR GAVIRIA se presentaron en el país 78 asesinatos de líderes indígenas quienes realizaban actividades desde sus comunidades.

Recientemente, el primo del expresidente del Congreso de la República fue condenado a 55 años de cárcel como determinador del asesinato de cuatro indígenas en el resguardo de San Andrés de Sotavento (Córdoba), ocurrido el 27 de marzo de 1994.

El 5 de junio de este año las FARC, grupo guerrillero que agobia a nuestro país, asesinaba a Luis Eduardo Tombé, indígena guambiano de 18 años; y el 10 de junio el mismo grupo asesinaba al líder indígena del cabildo de San Antonio (Cauca) Jorge Urcúe Tróchez.

El pasado 6 de junio en enfrentamientos con el ejército en Guachucal (Nariño), al sur de Colombia, resultaba muerta la indígena María Mercedes Galíndez, según declaración del Gobernador indígena Cristóbal Cuastumal. El ejército fue el responsable.

Estos son apenas algunos de los muchos casos de violación a los derechos humanos en Colombia que afectan a los indígenas y en los cuales no sólo está la presencia, en ocasiones indiferente y en otras activa, de los miembros de las fuerzas armadas y la población civil, de los grupos guerrilleros y paramilitares.

5. Brevisima relación de la destrucción de las Indias, Edición de André Saint-Lu, Editorial Cátedra, Letras Hispánicas, Madrid, 1984, págs. 173 y 174.

Los abusos contra los indígenas no sólo se han dirigido a la violación de sus derechos individuales, sino también en contra de los derechos de las comunidades con quienes la sociedad dominante entra en choque tratando de asimilarla. De resalto dos aspectos que son los de mayor preocupación de las comunidades indígenas y que necesariamente deben interesarnos: el problema de las tierras y el encuentro, en la mayoría de los casos violento, de las comunidades indígenas con el llamado “progreso”, especialmente, en lo referente a la explotación de recursos mineros en tierras indígenas.

La tierra para los indígenas americanos tiene un significado profundo y ancestral y constituye una de las necesidades más apremiantes para las comunidades indígenas colombianas, no sólo por ser un medio de producción, sino, porque la tierra constituye el territorio inalienable de la comunidad, el lugar donde ella ejerce su soberanía⁶. Las lagunas, los cerros, las piedras, los ríos, son espacios simbólicos de gran importancia para la reproducción étnica, son sitios con una profunda significación social y religiosa.

La situación que atraviesan muchas comunidades indígenas de Colombia como consecuencia del despojo de sus tierras con la excusa del “progreso”, ha venido produciendo un deterioro de sus condiciones de vida por el desconocimiento de los derechos de sus integrantes a la vida, la dignidad humana, la igualdad y la integridad étnica y cultural, sin que el Gobierno Nacional se interese en intervenir.

La Bota Caucaña, territorio antiguamente ocupado por los Ingas, ha sido sometida a una deforestación por la construcción de la carretera “Pitalito-Mocoa” afectando a las comunidades indígenas que han ido perdiendo sus tierras por la acción de los colonos; en el Departamento de Guaviare ocupado tradicionalmente por el pueblo Nukak, grupo recolector y cazador, se viene presentando una situación alarmante para los indígenas, pues se encuentran a punto de desaparecer por el abandono estatal, el aumento de cultivos y la colonización apoyada por las autoridades de la región.

Los conflictos entre las compañías petroleras y mineras, y las comunidades indígenas en los últimos años han ido agravándose por la concesión, por parte del Estado Colombiano, de la explotación de los recursos minerales en territorios indígenas sin que se haya tomado ninguna medida para garantizar la integridad étnica de los pueblos indígenas afectados con esos proyectos.

En el territorio Wayuu, en la península de la Guajira al norte de Colombia, se desarrolló un movimiento protesta de la comunidad indígena exigiendo sus derechos ancestrales a la propiedad de la sal marina del municipio de Manaure que culminó el 27 de junio de 1991, cuando se firmó, entre el gobierno y la comunidad Wayuu un convenio mediante el cual el gobierno otorgaría a los indígenas el 25% de la propiedad de la compañía estatal que explotaba la sal, sin embargo, en septiembre de 1993 el gobierno de César Gaviria anunció que jurídicamente era imposible cumplir con dicho convenio.

Recientemente se ha presentado otro conflicto entre la empresa estadounidense Occidental Petroleum Company (OXY) y la comunidad indígena de los U'was por la

6. Sobre el significado de la tierra para los indígenas americanos nos dice el Profesor ELIAS NEUMAN: “...para los indios americanos la tierra no es de nadie, y su usufructo o utilización pertenece a todos, es de la comunidad, como el aire, el cielo o el agua. En la tribu no se entiende lo que significa vender esas tierras, como no se entendería qué significa vender el aire o el agua de los ríos...”, *Victimología*, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992, pág. 162.

explotación petrolera que comprende 208.934 hectáreas de las cuales el 20% está constituido por resguardos indígenas, territorios considerados como sagrados, por lo cual la comunidad de los U'was ha amenazado con un suicidio colectivo en caso de que la OXY inicie la ejecución del proyecto.

El gobierno nacional otorgó licencia a la OXY para la explotación del petróleo y la comunidad de los U'was interpuso una acción de tutela basándose en que la explotación de recursos naturales no renovables en territorios indígenas está condicionada al mantenimiento de la integridad cultural, racial y económica de las comunidades afectadas y a la participación de sus representantes en las decisiones que se adopten respecto de la explotación. La Corte Constitucional⁷ tuteló los derechos a la integridad étnica, cultural y social de los U'was y ordenó efectuar consulta a los representantes de la comunidad sobre las decisiones relacionadas con la explotación. El problema se mantiene, la OXY sostiene que puede iniciar los trabajos de explotación, mientras que los indígenas consideran que el petróleo es la sangre de la madre tierra y no se lo puede sacar porque moriría y no se obtendrían nuevos cultivos.

Las comunidades indígenas se encuentran en una encrucijada soportando la presencia y el acoso de todo tipo de factores (abandono estatal, acción guerrillera y paramilitar, y colonización entre otros), que han generado una situación de discriminación, de pérdida de elementos propios culturales, y que está propiciando el etnocidio de los pueblos indígenas.

3. EL INDÍGENA Y SU ENCUENTRO CON LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PENAL

El licenciado MARTIN FERNANDEZ DE ENCISO, a su regreso de las Indias en el año de 1519, escribió sobre sus habitantes que se trataba de “buena gente, aunque desnuda”⁸; en 1535, VASCO DE QUIROGA planteó en México la necesidad de aislar a los indígenas en pueblos hospitales; a finales del siglo pasado el Estado Colombiano expidió dos leyes que colocaban a los indígenas bajo la tutela de los misioneros, quienes en su afán por “civilizarlos” contribuyeron con creces al proceso de aculturización al cual se han visto sometidos. Estas dos leyes⁹ del más puro y diamantino contenido racista establecieron que *“la legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la autoridad eclesiástica, determinará la manera como estas incipientes sociedades deban ser gobernadas”*¹⁰; y se complementó la idea estableciendo que las leyes nacionales se les aplicarían sólo en la medida en que fueran saliendo del *“estado salvaje”*¹¹.

7. Sentencia N.º SU-039 de febrero 3 de 1997, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

8. Citado por ANTONELLO GERBI, *La Naturaleza de las Indias Nuevas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 104.

9. Ley 89 de 1890 y 72 de 1892.

10. Art.1 de la Ley 89 de 1890.

11. Art. 2 de la Ley 72 de 1892.

Lo más asombroso de esta rústica legislación es que se mantuvo vigente hasta hace muy pocos años y fue complementada por el Código Penal actualmente vigente¹² al adoptar la tesis según la cual se consideró al indígena que delinquía como un inimputable por inmadurez sociológica¹³.

Las expectativas abiertas por la nueva Constitución y la conciencia que la sociedad colombiana ha ido adquiriendo sobre la necesidad de construir una sociedad basada en el respeto a la diversidad étnica y cultural, anuncian, a pesar de las dificultades que ello conlleva, un panorama alentador para el futuro de las comunidades indígenas y del país.

El tratamiento diferente que se otorga a los indígenas que realizan un hecho punible no puede estar fundamentado en la *inferioridad*, sino en la *diferencia valorativa*¹⁴; el indígena no es un inimputable, es simplemente una persona dotada de dignidad que al realizar un hecho punible, según lo dispuesto por la Constitución, puede quedar sometido a una jurisdicción especial en razón a su diferente racionalidad y cosmovisión¹⁵.

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 el ordenamiento jurídico abandonó ese pensamiento retardatario y discriminatorio frente a los indígenas y se ha venido, por lo menos en algunos sectores, adquiriendo conciencia de la importancia que tienen las comunidades indígenas y su posición de sujetos de derechos humanos. Se reconoció la jurisdicción indígena como legítima para, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, ejercer funciones jurisdiccionales siempre que no resulten contrarias a la constitución y leyes de la república. Sin embargo, no son pocos los problemas que este reconocimiento ha generado, especialmente, porque el Estado Colombiano ha hecho muy poco por desarrollar el precepto constitucional, así, a finales de 1996 y comienzos de 1997 se presentó un caso que por la

12. Decreto 100 de enero 23 de 1980. Lo más increíble es que este código fue redactado inicialmente por una Comisión Redactora que sesionó en 1974 y estaba compuesta por los juristas de mayor prestigio en aquella época: Hernando Baquero Borda, Federico Estrada Vélez, Bernardo Gaitán Mahecha, Jorge E. Gutiérrez Anzola, Hernando Londoño Jiménez, Luis E. Mesa Velásquez, Luis Carlos Pérez, Rafael Poveda Alfonso, Alfonso Reyes Echandía, Luis E. Romero Soto, Julio Salgado Vásquez, y Darío Velásquez Gaviria.

13. Situaciones como la descrita llevaron al Profesor ELIAS NEUMAN a escribir con razón que "Los indios fueron tratados, y así hasta hoy, como inferiores, salvajes, débiles mentales, o menores de edad, subvalorando sus culturas, pero eso sí, recogiendo algunos de los productos salidos de sus manos para introducirlos en sociedades consumistas hasta de puerilidades y estupideces. Esta subvaloración, entre otras circunstancias, trajo aparejada soluciones para el problema indígena, siempre en su detrimento y daño..." Ob. Cit., pág. 161.

14. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-496 de septiembre 16 de 1996, Magistrado Ponente Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

15. Con el mismo fundamento, JUAN OBERTO SOTOMAYOR considera inimputable al indígena que realiza un hecho previsto como delito. En su excelente obra sobre la inimputabilidad afirma: "En definitiva, cuando un indígena realiza un hecho previsto como delito por el derecho positivo estatal, deberá ser considerado inimputable por su calidad de indígena, pero no -reiteramos- porque se considere *inmaduro o incapaz*, sino porque el hecho de pertenecer a una cultura diferente lo coloca en una situación de desigualdad frente a las exigencias del orden jurídico dominante..." *Inimputabilidad y Sistema Penal*, Editorial Temis S.A., Santafé de Bogotá, 1996, pág. 263.

trascendencia que ha tenido en los medios de comunicación ha vuelto a poner el tema de la jurisdicción especial indígena sobre el tapete.

En efecto, en octubre de 1996, el alcalde indígena de la población de Jambaló, Departamento del Cauca, fue asesinado por el grupo guerrillero “*Cacique Calarcá*” del Ejército de Liberación Nacional (ELN), en consecuencia, los indígenas Paeces retuvieron a cinco personas a quienes acusaron de haber ejecutado el delito y les iniciaron el proceso con el fin de determinar su responsabilidad. Fueron varios los problemas que se presentaron:

El primer problema se presentó cuando las autoridades del Departamento de Cauca consideraron ilegal la retención que los indígenas Paeces habían hecho de las cinco personas, sin embargo, el impase se superó cuando la propia Secretaría de Gobierno del Departamento reconoció el derecho constitucional de los Paeces para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su territorio siempre y cuando se respetaran los derechos humanos¹⁶.

El segundo problema fue generado porque la comisión investigadora llegó a la conclusión de que los cinco imputados, mediante sus palabras y acciones, convencieron al grupo guerrillero “*Cacique Calarcá*” de dar muerte al Alcalde de Jambaló. La Asamblea indígena condenó a los retenidos a 60 latigazos en las piernas para cada uno y el destierro de ellos y sus familias. La ejecución de la pena de 60 latigazos se inició el 24 de diciembre de 1996 y fue interrumpida en la noche cuando los familiares de los condenados se interpusieron e hicieron suspender los latigazos. Como es lógico la actitud de los familiares de los condenados generó un enfrentamiento con la comunidad y un debate a nivel nacional.

El Gobernador Indígena de Jambaló sostuvo que la sentencia era producto de un proceso justo y riguroso, y agregó:

“La privación de la libertad es para un indígena un castigo peor y más inhumano que los latigazos y no regenera a los castigados porque en las cárceles se aprenden más vicios...”

“A la luz de la ley colombiana podrían parecer crueles los latigazos, pero ellos no saben si una persona recibe cinco o seis fuetazos por robarse un animal, luego puede mirar de frente a los ojos de los demás...”¹⁷.

El 10 de enero de 1997 se reunió una Asamblea Indígena compuesta por 1.000 Paeces que decidió reabrir el proceso en contra de los cinco condenados y aplazar el castigo de los 60 latigazos.

La ausencia de regulación del art. 246 de la Constitución Política ha dado lugar a una sentencia¹⁸ de la CORTE CONSTITUCIONAL en la que se han tratado de fijar los parámetros para fijar la posición del indígena frente al derecho penal. Veamos:

16. Diario *El Tiempo*, Santafé de Bogotá, Septiembre 9 de 1996.

17. Declaración de LUIS ALBERTO PASSÚ, Gobernador indígena de Jambaló, Diario *El Tiempo*, Santafé de Bogotá, Enero 10 de 1997.

18. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-496 de septiembre 26 de 1996, Magistrado Ponente Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

El alto tribunal inicia su análisis planteando que al funcionar paralelamente la jurisdicción indígena con el sistema jurídico nacional, pueden presentarse conflictos de competencia que podrían resolverse de acuerdo con las siguientes reglas:

1. En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente, la solución debe darse apreciando el caso concreto referido a los principios y valores constitucionales.
2. El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponde al juez aplicar criterios de equidad.
3. El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecta un principio o un derecho de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, el cual debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.

El reconocimiento de la jurisdicción especial para los indígenas, dice la Corte Constitucional, genera un fuero para los miembros de las comunidades indígenas, es decir, se les concede el derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, por sus propias normas y procedimientos. Sin embargo, ello no puede entenderse como que siempre que un indígena esté involucrado en la comisión de un hecho punible, la jurisdicción indígena adquiere competencia para conocer del hecho. Es necesario hacer algunas precisiones:

En primer lugar debe aclararse que el “*fuero indígena*” tiene dos elementos fundamentales:

1. *Elemento de carácter personal*: con el que se pretende señalar que el individuo debe ser procesado de conformidad con las normas indígenas y ante sus propias autoridades.
2. *Elemento de carácter geográfico*: que permite a las comunidades indígenas realizar los procesos por los hechos realizados dentro de su territorio.

En segundo lugar, de la combinación de estos dos elementos puede determinarse la competencia según las particularidades de cada caso:

“... la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a) Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la república son los competentes para cono-

cer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero...

b) En el caso que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos..."¹⁹.

Con esta sentencia se reconoce a los miembros de las comunidades indígenas como sujetos éticos, que por ser diferentes en su modo de ser y reflexionar no pueden ser considerados como inferiores, pues de ser así, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, y se establecen algunos criterios evaluativos para que, con referencia al caso concreto, sea el funcionario judicial quien determine si el indígena que realiza un hecho punible debe ser juzgado por la jurisdicción ordinaria o si por el contrario debe someterse a las autoridades indígenas.

Tenemos la firme esperanza de que con la Constitución Política de 1991 y la estructuración de la Jurisdicción Especial Indígena del art. 246, se solucionen los problemas que hasta el momento ha generado la situación de estas personas frente al Sistema Jurídico en general y al Derecho Penal en particular, que permita el desarrollo digno de las comunidades indígenas de nuestro país, basado en el reconocimiento efectivo de su diversidad étnica y cultural.

4. LOS INDÍGENAS EN COLOMBIA DE CARA AL AÑO 2000

Colombia, orientada por la Constitución Española de 1978, se autoproclamó como un Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas. Conscientes de que el modelo de estado adoptado es abierto y está por construir, es preciso, para lograrlo, garantizar a los pueblos indígenas la participación activa en la toma de decisiones en los campos político, cultural y económico del Estado Colombiano²⁰.

19. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-496 de septiembre 26 de 1996, Magistrado Ponente Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ.

20. La participación y la autogestión son derechos fundamentales para la construcción de auténticas democracias. En este sentido se pronuncia MARIA DE LA LUZ LIMA MALVIDO, hablando sobre las comunidades indígenas Mexicanas: "...Debemos luchar por el reconocimiento de su pluralidad cultural, social y jurídica..."

Aunque en Colombia se han logrado algunos avances en cuanto al reconocimiento de los derechos humanos de los indígenas y sus comunidades, es preciso trabajar en la estructuración de mecanismos, que como la jurisdicción especial, garanticen en forma efectiva esos derechos, fortaleciendo su identidad.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas debe reflejarse en la posibilidad real de elegir su sistema jurídico y su desarrollo con capacidad de decisión y control, permitiéndoles la conservación de sus sistemas jurídicos y el desarrollo de sus leyes consuetudinarias, mientras no sean incompatibles con sus derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales.

Es imprescindible la adopción de una política tendente al reordenamiento territorial y la recuperación de las tierras indígenas usurpadas por otros, con el fin de otorgar a las comunidades indígenas autonomía y control en el manejo de sus recursos.

El Estado Colombiano debe adoptar políticas eficaces que permitan a los indígenas el desarrollo de su propia identidad como personas y como pueblo, dejando de lado las tradicionales estrategias de integración y desarrollo que han llevado consigo la asimilación de los indígenas a la sociedad nacional, a las costumbres y normas de la sociedad dominante, irrespetando su diversidad étnica y cultural.

Para finalizar sólo quiero recordar las palabras de GABRIEL GARCIA MARQUEZ al recibir el Premio Nobel de literatura:

“Ante esta realidad sobrecogedora que a través de todo el tiempo humano debió de parecer una utopía, los inventores de fábulas que todo lo creemos nos sentimos con el derecho de creer que todavía no es demasiado tarde para emprender la creación de la utopía contraria. Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad...”²¹.

...

“Pero todo esto sólo lo podemos asegurar con una sustantiva participación indígena. Muchas veces se desconocen derechos adquiridos por los indígenas, a quienes se alude que por causas de utilidad pública y social, se privilegian los macroproyectos extractivos y transnacionales, como si los lugares que ellos ocupan fueran tierra de nadie. “Movimientos de población, delincuencia y control social. La situación en latinoamérica”, en *EGUZKILORE, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N.º 7 Extraordinario, San Sebastián, 1994, pág. 65.

21. La Soledad de América Latina, Discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura, diciembre de 1982.