

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD FRENTE A LA PERSONA INDÍGENA

Presentado por:

HUGO CESAR CHINGATE PRIETO

Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

BOGOTA D.C.

JUNIO DE 2014

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD FRENTE A LA PERSONA INDÍGENA*

HUGO CESAR CHINGATE PRIETO **

Resumen

Partiendo de la premisa que la ley penal en Colombia es aplicable en todo el territorio nacional, se analiza un caso especial frente a la inimputabilidad de la persona indígena con fundamento en el principio expresado por la Corte Constitucional como “diversidad sociocultural”, como expresión del reconocimiento de un Estado pluralista.

En desarrollo de lo anterior se acude a fuentes normativas, dogmáticas y jurisprudenciales tratando, en principio y de forma general, los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad; posteriormente, se explica el significado y alcance del principio de diversidad sociocultural en relación con la inimputabilidad de la persona indígena.

Palabras clave

Derecho penal, imputabilidad e inimputabilidad, principio de diversidad sociocultural.

IMPUTABILITY AND UNIMPUTABILITY COMPARED TO THE INDIGENOUS PERSON

Abstract

Based on the premise that the criminal law in Colombia is applicable throughout the national territory, it discusses a special case compared to the unimputability of the indigenous person on the basis of the principle expressed by the Constitutional Court as a “sociocultural diversity”, as an expression of recognition of a pluralist State.

In development of the above comes to normative sources, dogmatic and jurisprudential, particularly seeking the concepts of imputability and unimputability; subsequently, explains the meaning and scope of the principle of sociocultural diversity in relation to the unimputability of the indigenous person.

Key words

Criminal law, imputability and unimputability, principle of sociocultural diversity.

* El presente artículo es realizado para optar al título de Especialista en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Militar de la Universidad Militar Nueva Granada.

** Abogado de la Universidad Católica, Licenciado en Administración Educativa de la Universidad INCCA de Colombia, Especialista en Gerencia Social de la Escuela Superior de Administración Pública, Especialista en Derechos Humanos y Defensa ante Sistemas Internacionales de Protección de la Universidad Militar Nueva Granada, Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Militar Nueva Granada. Hugo-chingate@hotmail.com

Introducción

Como es particular de un Estado unitario, las normas que se profieren por el órgano legislativo son aplicables en todo el territorio nacional, distinto sucede con un Estado federado en donde la potestad legislativa, entre otras funciones, son delegadas en parte a los entes territoriales o estados federados.

Es característico de Colombia por ser un Estado unitario y descentralizado establecer cierto grado de autonomía a los entes territoriales, pero entre esas facultades no se encuentra la potestad de legislar, de esta manera las normas emanadas del órgano legislativo serán aplicables en todo el territorio nacional.

Siguiendo este razonamiento, el Código Penal (jurisdicción ordinaria) sería aplicable en todo el territorio nacional; de hecho, así está determinado en la Ley 599 de 2000, que en su artículo 14 se afirma que se aplicará la ley penal en el territorio nacional, aseveración que tiene fundamento en la soberanía nacional y el principio de la territorialidad.

Cabe anotar, sin entrar a profundizar en este punto, que la ley penal también puede aplicarse con base en la territorialidad por extensión, por ejemplo cuando haya comisión de un delito en una embajada colombiana, y la extraterritorialidad, por ejemplo cuando el delito es cometido en el extranjero pero se realiza en contra del Estado colombiano.

Sin embargo, el Código Penal no es aplicable en todo el territorio nacional, pues existen jurisdicciones especiales y entre estas se puede encontrar la jurisdicción especial indígena que tiene un amplio fundamento constitucional, directamente en

el artículo 246 de la Constitución en el que se afirma que las comunidades indígenas pueden ejercer la función jurisdiccional en su territorio, de conformidad con sus costumbres siempre que dichas prácticas no sean contrarias a la Constitución y las leyes; además, la Constitución también le otorga a los territorios indígenas la calidad de entidad territorial, lo que se traduce en que dichos territorios son acreedores las facultades de autonomía en forma equivalente a los demás entes territoriales que conforman la división política del país.

Con esto podría pensarse que la persona indígena nunca puede ser juzgada por la jurisdicción ordinaria, pero a conocimiento de la Corte Constitucional para que proceda la jurisdicción indígena deben concurrir tanto los dos elementos del fuero indígena que son el elemento personal y el elemento geográfico, como la existencia de autoridades tradicionales que tengan la facultad de ejercer la función jurisdiccional, que en la aplicación sería un tercer elemento.

Cuando se habla del elemento personal se hace referencia a que cualquier miembro de una comunidad indígena debe ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres, mientras que el elemento geográfico indica que una comunidad indígena solo puede juzgar los hechos que sucedan dentro del territorio de la comunidad.

Respecto del elemento geográfico, hay opiniones diversas sobre lo que se debe entender por territorio indígena teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha adoptado un concepto amplio.

Así pues, cuando se cumplen estos presupuestos del fuero indígena, corresponde a las autoridades indígenas ejercer la función jurisdiccional, mientras que al no cumplirse dichos presupuestos será competente la jurisdicción ordinaria para juzgar el delito.

En este sentido, aún cuando la jurisdicción ordinaria tenga competencia para juzgar un delito cometido por una persona indígena, el juez penal debe realizar un examen sobre el conocimiento que tiene la persona indígena sobre las acciones que haya cometido puesto que se puede estar frente a un inimputable cultural.

De manera general, de lo anterior pueden suceder dos situaciones: la primera, que la conducta pueda ser sancionada solamente por la jurisdicción ordinaria; y la segunda, que dicha conducta pueda ser objeto de sanción tanto por la jurisdicción ordinaria como por la jurisdicción especial indígena; en ambos casos el juez penal decidirá por un lado si la persona indígena es imputable o si por el contrario se le declara inimputable cultural.

Con fundamento en todo lo anterior, en el presente trabajo se estudiará la problemática de la imputabilidad e inimputabilidad frente a la persona indígena para lo cual se desarrollarán tres capítulos a saber: el primer capítulo hará referencia a una parte general, teniendo en cuenta la teoría del delito y la ubicación del concepto de imputabilidad; el segundo capítulo abordará de manera específica los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad y se explicarán las causales de inimputabilidad con fundamento en el Código Penal y la doctrina; en

el tercer capítulo se examinará de forma particular el concepto de inimputable cultural a la luz del principio constitucional de la diversidad sociocultural.

CAPÍTULO I

LA TEORÍA DEL DELITO Y LA IMPUTABILIDAD

En el presente capítulo se hará referencia de forma general a la teoría del delito con el fin de ubicar la noción de imputabilidad; en este sentido se ocupará de la ilustración de conceptos tales como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como componentes del delito tomando el camino de la teoría de Beling, en razón que es la teoría más aceptada en la actualidad.

De igual forma, tales componentes del delito se pueden agrupar en dos grupos para su mejor comprensión, el primero que está compuesto por la tipicidad y la antijuridicidad y conforman así el grupo de los elementos que determinan el carácter prohibido del hecho o injusto penal; y el segundo compuesto por la culpabilidad, denominado también como imputación subjetiva.

1.1. La tipicidad.

La tipicidad obedece en primera medida al desarrollo del principio de legalidad, el cual “indica que las conductas sancionables deben estar descritas previamente en la norma (conducta típica), pues deben tener un fundamento legal” (Orduz Barreto, 2010, p. 106), establecido en la Constitución Política en el artículo 29 en cuanto se

afirma que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, concordante con el artículo 6° del Código Penal; así mismo, desarrolla el principio de derecho penal *nulla poena sine lege*. En este sentido se puede afirmar que la tipicidad estará determinada por la descripción de los elementos estructurales del tipo penal.

Con lo anterior no se quiere decir que así sea definida la tipicidad, puesto que esta no se limita a la descripción objetiva del tipo penal sino que, como lo afirma Barbosa Castillo (2011) “es una noción dinámica que responde al proceso lógico de comparación (adecuación) entre el comportamiento concreto y la descripción abstracta del tipo” (p. 212); de esta manera, se debe analizar si la conducta se adecúa al delito que se encuentra tipificado en la ley penal teniendo en cuenta sus componentes.

Así pues, se puede afirmar que el Código Penal en su artículo 10 define la tipicidad de forma errada, pues en realidad está describiendo el tipo penal: “La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal” (Ley 599 de 2000). Al describir el tipo se entiende que el legislador hará una selección de conductas en función pasiva y formal, puesto que el tipo solo servirá de modelo para una posterior confrontación con determinada conducta.

Por otro lado, la tipicidad tiene dos componentes: uno subjetivo, el cual se puede traducir como la parte interna del delito, que a su vez lo componen el dolo y la culpa (Castro Ospina, 2011); y otro objetivo, que sería entonces la parte externa

del delito que acorde a las posiciones de Welzel y Jakobs (citados por Barbosa Castillo, 2011) tales manifestaciones son, para el primero, “la acción, el resultado, los medios y modalidades especiales de la acción y en algunos casos las características especiales del autor” (p. 213), y para el segundo, “la causalidad (en los delitos de resultado) y los criterios normativos de atribución o condiciones objetivas de responsabilidad” (p. 214), es decir que en el tipo objetivo se encuentran el comportamiento humano, la acción u omisión, el resultado y el nexo causal e imputación objetiva.

1.2. Antijuridicidad.

Conforme a lo establecido en el Código Penal en el artículo 11 que versa sobre la antijuridicidad se predica que “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (Ley 599 de 2000); con lo anterior se establece, como se afirma por la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal (2006), que “no solo basta con la contrariedad formal de la conducta, pues es necesario de todas maneras que se lesione o ponga en peligro sin justa causa el interés jurídicamente tutelado”. De tal forma, se diferencia entre la antijuridicidad formal y la material, siendo esta última la predominante y con fundamento en el principio de lesividad.

Al respecto, Sampedro Arrubla (2011) afirma que no toda lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido da lugar a determinarse como una conducta

antijurídica, pues para el autor solo serán objeto de tal determinación aquellas conductas que afectan el bien jurídicamente protegido de manera grave.

Además, del artículo que se refiere a la antijuridicidad se puede deducir que una vez encontrada una conducta lesiva, y siguiendo el razonamiento del profesor Sampedro Arrubla, una conducta lesiva y grave, se debe examinar si dicha conducta está justificada, es decir, si la conducta se puede subsumir en una causal de justificación; en este sentido, como afirma Cury Urzúa (2003) “la antijuridicidad consiste en la ausencia de causales que la excluyen (causales de justificación)” (p. 47).

Las causales de justificación tienen el efecto de eliminar la antijuridicidad de una conducta efectivamente típica y son particularmente cinco: legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber legal, consentimiento del ofendido y ejercicio de un derecho.

La legítima defensa se puede definir como una reacción ante una agresión injusta, a su vez tiene como aspecto característico que es un comportamiento basado en el instinto de supervivencia. Conforme a la doctrina y la jurisprudencia, los requisitos para que se configure la legítima defensa son: la existencia de una agresión actual o inminente, que sea injusta, que no sea evitable de otra manera y que sea proporcional (Monroy Victoria, 2011).

Por su parte, el estado de necesidad al igual que la legítima defensa se fundamenta en el instinto de supervivencia, pero la diferencia, como lo afirma Plascencia Villanueva (2004), versa sobre la existencia de la agresión previa, pues

en la legítima defensa sí existe una agresión previa a la acción mientras que en el estado de necesidad no existe dicha agresión previa.

En cuanto al reconocimiento de un deber legal, este debe cumplir ciertos requisitos a saber: una norma jurídica que prevea el comportamiento, la imposición de un deber y la verificación del mismo, y la actuación en cumplimiento de ese deber (Monroy Victoria, 2011).

A su vez, el consentimiento del ofendido, o sujeto pasivo, se puede definir de conformidad con Plascencia Villanueva (2004) como:

La posibilidad de sacrificar un bien jurídico sin que exista la posibilidad de fincar un reproche en contra del autor pero derivada de aspectos como:

- 1) Que el bien jurídico sea disponible;
- 2) Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y
- 3) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio; o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, este hubiese otorgado el mismo (p. 152).

Por último, el ejercicio de un derecho está referido a toda actividad lícita; entonces la causal se podrá alegar cuando “el sujeto ejerce un derecho reconocido en la propia ley, y si al obrar realiza una conducta típica, ésta resulta plenamente justificada” (Plascencia Villanueva, 2004, p. 154).

1.3. *Culpabilidad.*

En el plano de la culpabilidad se pueden distinguir dos conceptos, el primero denominado culpabilidad formal y es “cuando se reúnen los presupuestos que un determinado sistema penal requiere para que pueda serle imputado un hecho a un sujeto” (Plascencia Villanueva 2004, p. 172), es decir, el cumplimiento con los presupuestos de la imputación subjetiva.

Así mismo, de conformidad con Plascencia Villanueva (2004) el concepto de culpabilidad material “tiene el carácter de un postulado según el cual solo pueden entrar en consideración como fundamento del juicio de culpabilidad características muy precisas de la acción o del autor” (p. 172).

Ahora bien, el Código Penal en su artículo 12 trata de la culpabilidad afirmando que “sólo se podrán imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva” (Ley 599 de 2000); de tal forma, el Código Penal aduce al principio de culpabilidad determinado desde la adopción de un derecho penal de acto, más no de autor.

De conformidad con Córdoba Angulo (2011), los elementos de la culpabilidad a partir de su definición en el Código Penal son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de la conducta (p. 368). En este sentido, se entiende que la imputabilidad e inimputabilidad se encuentran en la esfera de la culpabilidad, pero serán tratadas en el capítulo siguiente. Por ahora serán abordados los otros dos elementos de la culpabilidad.

No obstante lo anterior, se debe entender por imputabilidad “la capacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y la de determinarse de acuerdo con tal comprensión” (Agudelo Betancur, 2011, p. 371).

Ahora bien, en cuanto al conocimiento de la antijuridicidad, Agudelo Betancur (2011) a partir de una interpretación del artículo 32, 11 del Código Penal afirma que:

Cuando se dice que para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonable, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, se podría entender que el conocimiento de lo injusto ya existe, y lo que se le exige al sujeto es que lo actualice efectivamente, y si no lo hace de todas formas se le tendrá por existente (p. 387).

Con lo anterior, se puede entender entonces que la conciencia de la antijuridicidad aduce a que el sujeto activo tenga conocimiento de lo injusto de su conducta; así pues este elemento consta de dos puntos a saber: el conocimiento de lo que se está haciendo y además el conocimiento de que esa conducta es injusta.

Finalmente, en cuanto al tercer elemento que es la exigibilidad de otra conducta, esta tiende hacia el reproche de la conducta el cual, de conformidad con Agudelo Betancur (2011) “existe solo cuando el sujeto está en condiciones de respetar la norma” (p. 389), es decir que el sujeto activo, aún cuando no lo hizo, si tuvo la posibilidad de respetar el derecho.

CAPÍTULO II

IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD

Teniendo clara la ubicación de la imputabilidad dentro de la teoría del delito, en el presente capítulo se estudiará además el concepto de inimputabilidad y posteriormente tratar el tema particular frente a la persona indígena.

La imputabilidad, de conformidad con Velásquez Velásquez (2004) “implica un conjunto de presupuestos de índole psicológica emanados de la personalidad del autor al momento de realizar el hecho, traducidos en la aptitud para comprender el carácter injusto del mismo y para dirigir y accionar conforme a dicha comprensión” (p. 509); conforme a lo anterior cuando se habla de la capacidad del sujeto activo para la comprensión del carácter del injusto se está refiriendo al conocimiento de la conducta antijurídica, además de la capacidad para dirigir la conducta hacia lo ordenado por el derecho.

Así mismo, para aducir la responsabilidad penal de los imputables, de conformidad con Sandoval Fernández (2003) “se exige la realización de una conducta típica, antijurídica y culpable y además que la pena sea necesaria” (p. 3), esto es tal cual como lo dice el Código Penal conforme al artículo 9° en concordancia con el artículo 3° que se refiere al principio de necesidad.

Ahora bien, la inimputabilidad será la ausencia de esa doble capacidad, o como lo afirma Agudelo Betancur (2007a) “incapacidad para valorar la trascendencia del comportamiento o hecho que se realiza y/o la incapacidad de regular la conducta

según las exigencias del derecho debido a inmadurez psicológica o trastorno mental” (p. 27)

Así pues, en el Código Penal se hace referencia a la inimputabilidad en el artículo 33 afirmando que “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 sociocultural o estados similares” (Ley 599 de 2000).

Nótese que el Código Penal no solo habla de inmadurez psicológica o trastorno mental, sino que entre otros estados que llevan a la inimputabilidad se encuentra el concepto de diversidad cultural y, además, se deja abierta la puerta a otros estados similares.

En cuanto a la responsabilidad penal de los inimputables, de conformidad con Sandoval Fernández (2003) “será imprescindible que realicen una conducta típica, antijurídica, no exige la culpabilidad y además que no exista a su favor causales de ausencia de responsabilidad penal” (p. 4). Este argumento tiene que ver con la tesis, aceptada por la jurisprudencia nacional tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Corte Constitucional, de que las medidas de seguridad sí se cuentan como sanciones penales y no como simples actos administrativos.¹

¹ Al respecto se puede revisar en Agudelo Betancur (2007b) el capítulo IV, denominado *Desarrollo Jurisprudencial de las Anteriores Ideas*, en el cual se analizan las siguientes sentencias: Sentencia de 24 de enero de 1990 de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia T- 401 de 1992 y Sentencia C- 176 de 1993 estas últimas de la Corte Constitucional.

Entre los estados anotados se encuentra la inmadurez psicológica que se puede definir de conformidad con Agudelo Betancur (2011) como:

Una deficiente o incompleta estructura de la personalidad en sus integrantes pulsionales, afectivas, volitivas e intelectivas, en todas ellas, o con acento en alguna de ellas, lo cual le impide introyectar los valores positivos de su contexto social o dirigirse conforme a ellos (p. 374).

De conformidad con este concepto se puede afirmar que no existe concordancia entre la inmadurez psicológica y el trastorno mental, pues el primero tiene relación con la falta de un completo desarrollo de sus capacidades como ser humano y el segundo hacia una alteración de sus capacidades como ya se verá.

De acuerdo con Agudelo Betancur (2011) el trastorno mental es “cualquier perturbación de la personalidad en sus esferas afectiva, volitiva o intelectual, o en su conjunto, que lleve a la supresión o a la disminución de la capacidad de comprender y/o determinarse del sujeto que se juzga” (p. 376); así, como ya se venía afirmando, no se pueden confundir los conceptos de inmadurez psicológica con el de trastorno mental, y esta último a su vez puede ser permanente o transitorio.

CAPÍTULO III

EL INIMPUTABLE CULTURAL

Ya vistos los conceptos de imputabilidad e inimputabilidad, en este capítulo se estudiará el concepto de diversidad sociocultural, que hace parte de los estados que se configuran como causales de inimputabilidad, como causal de inimputabilidad de la persona indígena, para lo cual se tomará como referencia tanto la ley, la doctrina y la jurisprudencia.

Primero que todo, solo con el objeto de marcar el cambio sobre la concepción de inimputabilidad del indígena en Colombia, se puede hablar de un antes y un después, siendo el antes marcado por el concepto de inmadurez sociológica (Sampedro Arrubla, 1997, p. 207) o inmadurez psicológica (Sentencia T – 496 de 1996), mientras que el después conlleva el concepto de diversidad sociocultural. Así mismo, hay que tener en cuenta que el antes se encuentra en un periodo que va desde 1980 con el Decreto 100, hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal expedido en el año 2000, mientras que el después inicia desde el 24 de julio de 2001, fecha de entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, hasta el día de hoy.

Este cambio obedeció al cambio de pensamiento que se generó a partir de la Constitución de 1991, así pues, partiendo del pluralismo se determinó que al indígena no se le podría referir peyorativamente, como se entendía cuando se hablaba de la inmadurez psicológica o sociológica en cuanto que se veía al indígena como un ser inferior.

Ahora bien, como se puso de presente, el estado que se predica del indígena para declararlo inimputable se encuentra en el concepto de diversidad sociocultural,

que no es más que la extensión del llamado principio de la diversidad étnica y cultural a la esfera penal, específicamente sobre la inimputabilidad.

La Corte Constitucional (1998) se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este principio afirmando que es desde donde se derivan los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que son el derecho a la subsistencia, el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios (Sentencia SU- 510 de 1998).

Determinada la diversidad étnica y cultural como principio constitucional, se tiene que está fundamentado en los artículos 1° y 7° de la Constitución Política, teniendo en cuenta que se habla de un Estado democrático y pluralista, esto sumado al derecho de reconocimiento y protección de dicha diversidad.

Además, afirma la Corte que dicho principio “otorga a las comunidades indígenas un *status* especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios” (Sentencia SU – 510 de 1998); de tal forma, el principio de diversidad étnica y cultural que se incluye en la Constitución de 1991 es desde donde nacen tanto los derechos de las comunidades indígenas como las facultades normativas y jurisdiccionales concedidas, y en general el origen de todo el desarrollo político y normativo relacionado con las comunidades indígenas, incluyendo por supuesto en el tema penal la jurisdicción especial indígena y la inimputabilidad.

Aunado a lo anterior, en cuanto a la limitación del principio, la Corte se pronunció diciendo que:

Sí ha establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en el ya citado axioma según el cual la diversidad étnica y cultural solo puede ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta. Dichas reglas interpretativas son las siguientes: (1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares (Sentencia SU- 510 de 1998).

Con esto se quiere afirmar que el reconocimiento del principio de diversidad étnica y cultural debe entenderse como un principio fuerte que tiene como fundamento el pluralismo y la democracia, conceptos que caracterizan y de los cuales se desarrollan varios preceptos constitucionales.

Por otro lado, surge una situación conflictiva a la luz de este principio que se puede apreciar en la perspectiva de la cosmovisión indígena, es decir que la forma de ver y comprender el universo es diferente al del hombre civilizado. En este sentido, se puede apreciar de conformidad con Blanco Blanco (2007) que tanto se evidencian las diferencias como en el ámbito penal, entre la jurisdicción ordinaria y la especial indígena:

En la justicia especial indígena los conceptos de delito y pena son diferentes, por lo tanto, el tratamiento es distinto. Lo que para ellos corresponde a un hecho normal y propio de su cultura, para nosotros podría ser inhumano, atentatorio a la dignidad humana, degradante, cruel o falsa (p. 30 – 31).

De esta manera, al haber puesto como límite a la jurisdicción indígena los preceptos constitucionales, puede significar en gran medida que si bien se reconoce la cultura indígena, a la final no se respetan sus usos y costumbres propias al imponerles una directriz que dará como resultado la modificación de esos usos y costumbres.

En este sentido, la Corte (1997) al referirse sobre la diferencia desde la perspectiva de las penas, afirma que:

La sanción del fuste, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena paez. En el primero, se castiga porque cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador necesario para el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado (Sentencia T- 523 de 1997).

Con el anterior ejemplo se pone de presente la real dicotomía en la cosmovisión de ambas culturas, pero aún así la Corte acepta que se pongan límites a las acciones de las autoridades indígenas en el entendido del respeto del núcleo esencial de los derechos fundamentales de los indígenas: derecho a la vida y la prohibición de la tortura.

Ahora bien, por otro lado y finalizando este estudio se analizará la sentencia C-370 de 2002 que es tal vez la más importante en lo que respecta a la inimputabilidad sustentada en la diversidad sociocultural.

De conformidad con lo expresado por la Corte Constitucional (2002), el ámbito de aplicación personal de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, está definido de la siguiente manera:

(i) Que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no haya tenido capacidad para comprender su ilicitud o determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro.

(Sentencia C- 370 de 2002)

Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar, respecto del primer aspecto, que para que se configure la causal de inimputabilidad por diversidad sociocultural desde la normativa penal solo se exige la existencia de la tipicidad y la antijuridicidad. Así mismo, sobre el segundo aspecto referente a que la persona haga parte de una comunidad cultural, en este caso una comunidad indígena, con el fin de que tenga un sitio de destino para ejecutar la pena impuesta, que no será más que una medida de seguridad. Y finalmente, sobre el tercer aspecto, que la comunidad cultural tenga autoridades propias se fundamente en la finalidad de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena.

Por otro lado, en la sentencia objeto de estudio, la Corte Constitucional afirma que las normas demandadas (Artículo 33 y 69 del Código Penal) deberían ser objeto de la declaratoria de inconstitucionalidad en cuanto vulneran la igualdad, el principio de proporcionalidad y el reconocimiento constitucional del pluralismo, pero finalmente no las declara inconstitucionales en razón de que la norma al no prever un error de prohibición por diversidad sociocultural haría que el indígena pase de ser un sujeto inimputable a ser un sujeto imputable, lo que a su vez se traduce en la posibilidad de que se le impongan penas diferentes a las medidas de seguridad, es decir, la pena de prisión.

En la solución del caso, la Corte opta por condicionar la exequibilidad de la diversidad cultural, dejando a estudio del caso concreto en cabeza del juez:

En aquellos eventos que un indígena o un miembro de otra minoría cultural hayan realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe empezar por examinar si concurren algunas de las causales de exclusión de responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición (Sentencia C- 370 de 2002).

De igual manera la Corte también condiciona la figura inimputabilidad con el fin de suprimir su carácter sancionatorio y su connotación peyorativa con el siguiente razonamiento:

Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello

amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (Sentencia C- 370 de 2002).

Teniendo en cuenta estos razonamientos, se puede afirmar entonces que el funcionario judicial, una vez haya determinado que el caso debe surtirse desde la jurisdicción ordinaria, tiene además que constatar, luego de la tipicidad y la antijuridicidad, si hubo un error de prohibición y si este fue invencible; en este caso la persona indígena será absuelta, en caso contrario se le aplicaría como pena una medida de seguridad, teniendo en cuenta el carácter de inimputable sociocultural fundamentado en la cosmovisión diferente.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta el estudio de la teoría del delito se puede afirmar que sus elementos se pueden agrupar en dos conjuntos a saber: el primero denominado del injusto penal y está compuesto por la tipicidad y la antijuridicidad, y el segundo compuesto únicamente por la culpabilidad y denominado como imputación subjetiva.

En cuanto a la tipicidad se afirma que se realiza mediante la adecuación del hecho al tipo penal y que este a su vez está conformado por varios elementos que tienen la función de describir las características básicas del tipo. Además, se hace la diferencia entre tipo subjetivo en el cual se encuentran el dolo y la culpa, y el tipo objetivo compuesto por la variedad de las manifestaciones externas del delito entre los que se pueden encontrar la acción, el resultado y el nexo causal.

Por otro lado, en cuanto a la antijuridicidad se habla que en el ordenamiento actual se aplica el concepto material, el cual implica que exista una puesta en peligro o una lesión del bien jurídico protegido, además que sea grave y sin justa causa. En este sentido, debe analizarse si la conducta puede enmarcarse en alguna causal de justificación como la legítima defensa, el estado de necesidad, el cumplimiento de un deber legal, el consentimiento del ofendido o el ejercicio de un derecho.

Sobre la culpabilidad se puede decir que existen dos elementos, uno material y otro formal, que concurren para llegar a su concepto; en este sentido se habla de culpabilidad cuando una vez cumplidos los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad se consideran además características precisas de acción del autor.

También se afirma que los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta.

Una vez ubicado el concepto de imputabilidad, se desarrolla a la par con el de inimputabilidad. De esta manera se habla de imputabilidad cuando el sujeto activo tiene la capacidad de comprender el carácter del injusto y para dirigir la conducta conforme a derecho. En oposición a este, se habla de inimputabilidad cuando dicha capacidad no existe en cabeza del sujeto activo de la conducta, y puede ser así por varias razones como la inmadurez psicológica, el trastorno mental, la diversidad sociocultural y otros estados similares.

Conforme a lo anterior y aterrizando el tema a la inimputabilidad cultural, se marca un antes y un después en el uso del concepto de diversidad sociocultural, afirmando que antes del Código Penal del 2000, la inimputabilidad del indígena se sustentaba en el concepto de inmadurez psicológica.

Así mismo, con el fin de explicar el concepto de diversidad sociocultural, fue necesario remitirse al principio constitucional de la diversidad étnica y cultural, sobre el cual se sustentan los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y en especial el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena.

Ahora bien, existen dos presupuestos para que la persona indígena sea juzgada por la jurisdicción especial y no por la justicia ordinaria, por un lado que la persona indígena haga parte de una comunidad indígena, y por otro que dicha comunidad tenga autoridades propias. Sumado a esto, la Corte Constitucional advirtió que las

sanciones que impongan las comunidades indígenas deben respetar los preceptos constitucionales, sobre lo cual surge el problema de cosmovisión.

Cuando la persona indígena se juzga desde la jurisdicción ordinaria se debe partir desde el entendido que el funcionario judicial descartó primero las anteriores características sobre el fuero y la jurisdicción especial indígena. Habiendo hecho esto, el funcionario judicial deberá analizar si la conducta es típica y antijurídica.

En este punto, el funcionario judicial deberá hacer dos tipos de análisis: el primero estará dirigido a verificar si hubo o no una causal de exclusión de responsabilidad, particularmente un error de prohibición invencible, caso en el cual, si existe dicho error la persona indígena será absuelta.

En el segundo, se aplicará la inimputabilidad en el entendido que cumpla con los presupuestos trazados que son de forma general: la incapacidad de comprender el injusto, que haga parte de una comunidad indígena y que dicha comunidad posea autoridades reconocidas por el Estado; caso en el cual se impondrá como sanción una medida de seguridad consistente en reintegrarlo a la comunidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Agudelo Betancur, N. (2007a). *Los “inimputables” frente a las causales de justificación e inculpabilidad*. Bogotá: Editorial Temis.
- Agudelo Betancur, N. (2007b). *Imputabilidad y responsabilidad penal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Agudelo Betancur, N. (2011). Elementos de la Culpabilidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal parte general* (pp. 369 – 390). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. Recuperado del sitio de internet de la Alcaldía de Bogotá: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>
- Barbosa Castillo, G. (2011) Teoría del delito. Tipo Objetivo. En Universidad Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal parte general* (pp. 209 – 220). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Blanco Blanco, J. (2007, Ene – Jun.). Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial Indígena. *Diálogos de Saberes: Investigaciones en Derecho y Ciencias Sociales*, (26), 11 – 40.
- Castro Ospina, S. J. (2011) Tipo Subjetivo. En Universidad Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal parte general* (pp. 221 – 247). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Congreso de la República de Colombia. (2000). *Ley 599 de 2000. Por la cual es expedida el Código Penal*. Diario Oficial 44097.

Córdoba Angulo, M. (2011) Culpabilidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal parte general* (pp. 359 - 368). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional (1996). *Sentencia T- 496 de 1996*. MP: Carlos Gaviria Díaz. Expediente T- 100537.

Corte Constitucional (1997). *Sentencia T- 523 de 1997*. MP: Carlos Gaviria Díaz. Expediente T- 124907.

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia SU- 510 de 1998*. MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T- 141047.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia T- 370 de 2002*. MP: Eduardo Montealegre Lynett. Expediente D- 3751.

Corte Suprema de Justicia - Sala penal (2006). *Sentencia N° 21923 de 25 de mayo de 2006*. MP. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

Cury Urzúa, E. (2003) Antijuridicidad formal y antijuridicidad material. *La revista de derecho: Derecho – Sociedad – Cultura*, IX (5), 47 – 55.

Monroy Victoria, W. (2011) Causales de exclusión de la antijuridicidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal parte general* (pp. 343 – 357). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Orduz Barreto, C. P. (2010, Ene – Jun) El principio de legalidad en la ley penal colombiana. *Criterio Jurídico Garantista*, 2 (2), 100 – 107.

Plascencia Villanueva, R. (2004). *Teoría del delito*. México: Instituto de investigaciones jurídicas Universidad Autónoma de México.

Sampedro Arrubla, J. A. (1997, Dic.). Aproximación criminológica y victimológica a la problemática indígena en Colombia. *EGUZZKILORE*, (11) Extraordinario, pp. 201 – 211.

Sampedro Arrubla, C. (2011). La antijuridicidad. En Universidad Externado de Colombia (Ed.) *Lecciones de Derecho Penal parte general* (pp. 331 – 341). Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Sandoval Fernández, J. (2003). Causales de ausencia de responsabilidad penal. *Revista de Derecho Universidad del Norte*, (19), 1 – 18.

Velásquez Velásquez, F. (2004). *Derecho penal parte general*. Bogotá: Editorial Temis.