

# LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Edgar SOLANO GONZÁLEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Límites a la jurisdicción indígena*. III. *Fuero indígena*. IV. *Conclusiones*.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 246 de la Constitución Política establece la jurisdicción especial indígena, según la cual las autoridades indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando se respete la Constitución y la ley.<sup>1</sup> Sobre el tema, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos con-

\* Profesor e investigador del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia.

1 Al respecto véase las siguientes sentencias: T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-037 de 1996, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-523 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-344 de 1998, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; SU-510 de 1998, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-266 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz; T-1009 de 2000, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-606 de 2001, M. P. Marco Gerardo Monroy; T-1022 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería; T-1127 de 2001, M. P. Jaime Araujo Rentería; T-048 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-239 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra y C-370 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

forman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de normas y procedimientos, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.<sup>2</sup>

En efecto, la jurisdicción especial indígena es una manifestación de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas en la Constitución de 1991 (CP, artículos 246 y 330).<sup>3</sup> El ejercicio de la jurisdicción especial indígena “no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista”,<sup>4</sup> pues al legislador corresponde únicamente la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de justicia nacional. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado lo siguiente:

La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.<sup>5</sup>

Ahora bien, pese a la “omisión absoluta” del Congreso en expedir la ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria,<sup>6</sup> la Corte Constitucional, a través de la revisión de sentencias de tutela, ha definido,<sup>7</sup> por un lado, los límites que deben respetar las autoridades indígenas al imponer una sanción a uno de sus miembros y, por otro, los elementos que constituyen la noción de fuero indígena, con

2 Sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

3 Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “La consagración simultánea en el mismo artículo constitucional de principios contrarios —no contradictorios— como el régimen unitario y las autonomías territoriales, muestra la intención del Constituyente de erigir un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad” (Sentencia T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

4 Sentencia T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

6 Sobre el punto véase Solano González, Edgar, *Sentencias manipulativas e interpretativas y respeto a la democracia en Colombia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

7 Sobre el tema véase Osuna Patiño, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998; Correa Henao, Néstor Raúl, *Derecho procesal de la acción de tutela*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

objeto de que los indígenas sean juzgados por sus propias autoridades, de conformidad con sus usos y costumbres, en “aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”.<sup>8</sup>

## II. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

La primera sentencia que abordó el tema de los límites que deben respetar las autoridades indígenas fue la sentencia T-254, de 1994. En este fallo la Corte Constitucional se enfrentó a una acción de tutela interpuesta por el indígena Ananías Narváez contra la directiva del cabildo de la comunidad indígena de El Tambo, en razón de que esta última vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra y al buen nombre y a la vida, y desconoció la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. El demandante fue expulsado de la comunidad, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto y, además, en su concepto, se le negó el reconocimiento de unas mejoras realizadas sobre una parcela. El juez de primera instancia negó la protección solicitada por el accionante, en virtud de que la decisión adoptada por el cabildo indígena es un acto democrático, y no un acto judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 246 de la Constitución Política. El apoderado del actor impugnó la sentencia anterior, pues la decisión del cabildo es un acto jurisdiccional susceptible de control judicial. El juez de segunda instancia confirmó la decisión impugnada, por cuanto “la expulsión del petente no había sido arbitraria y que el reconocimiento de mejoras pretendido por el actor era un asunto no susceptible de ser resuelto por vía de la acción de tutela”.<sup>9</sup> La Corte Constitucional en el asunto sometido a su consideración determinó las siguientes reglas:

En primer lugar, el accionante se encuentra en situación de indefensión respecto a la decisión de la comunidad, pues no existe mecanismo judicial de defensa contra ésta; por tanto, la acción de tutela procede en este caso.

En segundo lugar, la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas debe “ejercerse dentro de los estrictos parámetros

8 Sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

9 *Idem*.

señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP, artículos 246 y 330), de forma que se asegure la unidad nacional”.<sup>10</sup>

En tercer lugar, la corporación determinó un criterio de interpretación, según el cual “a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía”.<sup>11</sup>

En cuarto lugar, los derechos fundamentales constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a “los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente”.<sup>12</sup> Además, el mencionado límite se encuentra consagrado en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT,<sup>13</sup> sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, incorporado al ordenamiento jurídico colombiano mediante la ley 21, de 1991. Sobre el punto, la Corte manifestó lo siguiente:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y dialogo entre las culturas y, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.<sup>14</sup>

En quinto lugar, las leyes imperativas prevalecen sobre los usos y costumbres, siempre que protejan “directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural”.<sup>15</sup>

10 Sentencia T-254 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 *Idem.*

12 *Idem.*

13 El numeral 2 del artículo 8o. del Convenio 169 de la OIT dispone lo siguiente: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”. Además, el numeral 1 del citado convenio establece lo siguiente: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

14 *Idem.*

15 *Idem.*

En sexto lugar, los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas (las leyes civiles...).

La Corte Constitucional, con base en las anteriores consideraciones, resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿cuál es la naturaleza jurídica de la decisión adoptada por el cabildo de la comunidad indígena de El Tambo? ¿Cuáles son los límites que deben respetar las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales?

De esta manera, el juez constitucional consideró que la decisión adoptada por la comunidad indígena de El Tambo es un “verdadero acto judicial mediante el que se impuso una sanción por la comisión de una conducta contraria a las normas internas de la comunidad y lesiva de sus intereses”.<sup>16</sup>

Al respecto, Sánchez manifiesta lo siguiente: “Al establecer que cualquier juez de la República puede revisar la constitucionalidad de estos fallos la Corte integró, definitivamente la jurisdicción especial al ordenamiento nacional”.<sup>17</sup>

Por otra parte, la Corte determinó como límites a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas, la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (CP, artículo 38). En efecto, el juez constitucional consideró que, por un lado, la sanción de expulsar al accionante del territorio indígena no quebranta la Constitución Política ni los tratados internacionales sobre derechos humanos (CP, artículo 93), pues la pena de destierro sólo se refiere a “la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de Naciones”,<sup>18</sup> y, por otro, la comunidad indígena, al privar al demandante y a su familia de las mejoras realizadas por éste, vulneró el artículo 38 de la Constitución Política, que prohíbe la pena de confiscación; por tanto, el accionante deberá acudir a la jurisdicción ordinaria, a fin de que ésta decida sobre aquéllas. Sobre el particular, la Corte manifestó lo siguiente:

Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por

<sup>16</sup> *Idem.*

<sup>17</sup> Sánchez, Beatriz Eugenia, “La jurisdicción indígena ante la Corte Constitucional”, *La Corte Constitucional. El año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996, p. 341.

<sup>18</sup> *Idem.*

sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquéllas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita<sup>19</sup>

Además, el juez constitucional señaló como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas el derecho fundamental al debido proceso (CP, artículo 29), pues garantiza los “principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción”.<sup>20</sup>

Por último, la Corte señaló que la sanción de expulsión impuesta por las autoridades indígenas al peticionario y a su familia resultó desproporcionada, pues “trascendió a la persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia”<sup>21</sup> y, por ende, vulneró el artículo 5-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual “la pena no puede trascender la persona del delincuente”.

Sobre el punto, la corporación manifestó lo siguiente: “La pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos”.<sup>22</sup>

En este orden de ideas, la Corte concedió la protección solicitada por el accionante, en razón de que el demandado, al expulsar a éste junto con su familia de las tierras de la comunidad indígena, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad personal; por tanto, el juez constitucional revocó las decisiones de instancia y ordenó a los miembros del cabildo indígena adoptar una “nueva decisión en lo referente a la conducta del peticionario, con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento y sanción”.<sup>23</sup>

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia T-349, de 1996, manifestó que no todas las normas constitucionales y lega-

19 *Idem.*

20 *Idem.*

21 *Idem.*

22 *Idem.*

23 *Idem.*

les constituyen un límite al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas;<sup>24</sup> de lo contrario, el “reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”.<sup>25</sup> El juez constitucional, a través del principio de “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”,<sup>26</sup> determinó que las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales se encuentran sometidas a unos “mínimos aceptables”,<sup>27</sup> por lo que “sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”.<sup>28</sup> En efecto, la corporación señaló que este “núcleo de derechos intangibles incluirá solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”.<sup>29</sup> La Corte fundamentó la citada postura con base en que, por un lado, sobre estos derechos existe un “verdadero consenso intercultural”, y, por otro, son derechos que de conformidad con los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario hacen parte del “núcleo de derechos intangibles”<sup>30</sup> que “no pueden ser

24 Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “No cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural... Las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad” (Sentencia C-139 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

25 Sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

26 *Idem*.

27 Sobre el tema, la Corte manifestó lo siguiente: “Considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna); b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas” (Sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

28 *Idem*.

29 *Idem*.

30 Sobre el punto, Gómez-Robledo sostiene lo siguiente: “Del examen de los tratados y la práctica internacional, parece fuera de toda duda, que existen por lo menos cuatro derechos no derogables bajo circunstancia alguna y que serían los siguientes: a) El derecho a la vida inherente a la persona humana; b) El derecho a no ser sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradan-

suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado”.<sup>31</sup> Además, la Corte adicionó a este conjunto de derechos el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que “el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas”.<sup>32</sup> Al respecto, la Corte Constitucional expresó lo siguiente:

Las autoridades indígenas están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social... no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.<sup>33</sup>

Así, por ejemplo, el indígena embera-chami, Ovidio González Wasona, interpuso una acción de tutela contra la Asamblea General de Cabildos en Pleno de la comunidad a la que pertenece y contra el Cabildo Mayor Único de Risaralda, por vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad personal. Las circunstancias fácticas del caso pueden resumirse de la siguiente manera:

En septiembre de 1994 el accionante y otro miembro de la comunidad indígena fueron capturados por los “auxiliares locales” del cabildo local de Purembará, por la presunta comisión del delito de homicidio de Jesús Edgar Niaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chami. En el momento de su captura se escuchó su versión de los hechos. Posteriormente, los sindicatos escaparon del calabozo de

tes; c) El derecho a no ser sometido a esclavitud, ni a ningún tipo de servidumbre; d) El derecho a no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran penalmente delictivos (según el derecho nacional o internacional). Estos cuatro derechos no sólo serían oponibles a todo Estado por ser derecho internacional consuetudinario, sino además tendrían el *status* de normas de *ius cogens*, en el sentido de ser normas imperativas de derecho internacional general, aceptadas y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, como normas que no admiten acuerdo en contrario” (Gómez-Robledo Verduzco, Antonio, *Derechos humanos en el Sistema Interamericano*, México, Porrúa, 2000, p. 91).

31 *Idem.*

32 *Idem.*

33 *Idem.*

la comunidad y se entregaron a la fiscalía 24 de Belén de Umbría, donde manifestaron que habían sido amenazados y torturados por miembros de la colectividad. La fiscalía 24 de Belén de Umbría inició la respectiva investigación y, además, le asignó a los sindicatos defensores de oficio. Como resultado de la investigación, el fiscal ordenó la libertad del compañero del accionante, en razón de que no existían pruebas en su contra. El 14 de enero de 1995, el Cabildo Mayor Único de Risaralda notificó al accionante acerca de que había sido condenado a 8 años de cárcel, en reunión celebrada en Cicuepa los días 2 y 3 de diciembre de 1994. Al conocer la mencionada decisión, la fiscalía dio por terminada la investigación. El 15 de febrero de 1995, la Asamblea General del Cabildo, en la que participaron tanto los familiares de la víctima como los del acusado, aumentó la pena del accionante a 20 años de cárcel, en razón de la calidad del occiso y de los antecedentes del actor. El demandante interpuso la acción de tutela contra la Asamblea General de los Cabildos y contra el Cabildo Mayor Único de Risaralda, por cuanto éstos vulneraron sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad, al debido proceso y a la defensa. El juez de primera instancia concedió la protección solicitada por el accionante, en virtud de que los demandados vulneraron su derecho fundamental al debido proceso.

La Corte Constitucional en el caso concreto determinó lo siguiente:

En primer lugar, el castigo del cepo no vulnera la integridad física del accionante, pues se trata de una “forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración”.<sup>34</sup>

En segundo lugar, las autoridades de la respectiva comunidad indígena juzgaron al accionante siguiendo “estrictamente el procedimiento establecido en su ordenamiento”,<sup>35</sup> por lo cual no hubo vulneración del derecho fundamental al debido proceso. En este caso, la Corte determinó que el segundo juicio realizado al demandante tenía por objeto evitar un conflicto entre los miembros de la familia del occiso y del sindicado,<sup>36</sup> por tanto, la participación de los familiares de este último en el segundo juz-

<sup>34</sup> *Idem.*

<sup>35</sup> *Idem.*

<sup>36</sup> Si se juzgó nuevamente al accionante era porque se pretendía subsanar las irregularidades del primer juicio, pues el accionante debe ser juzgado por toda la comunidad con la presencia de los familiares de éste como de la víctima.

gamiento constituye un “sucedáneo del derecho de defensa”.<sup>37</sup> La Corte en el caso concreto interpretó el derecho fundamental al debido proceso conforme a la cosmovisión de la respectiva comunidad indígena.<sup>38</sup> Al respecto, la corporación manifestó lo siguiente:

Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chami una noción como la de “debido proceso”, es pertinente aludir a ella en el caso sub-lite, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésta la finalidad que persigue el debido proceso. *Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta*<sup>39</sup> (cursivas nuestras).

En tercer lugar, el accionante fue condenado a una pena de veinte años de prisión; sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico de los embera-chami el delito de homicidio en estado de embriaguez tiene una sanción de tres años de trabajo forzado y el cepo, por lo cual la Corte resolvió el siguiente problema jurídico: ¿la comunidad indígena vulneró el principio de legalidad de los delitos y de las penas al imponer una sanción no contemplada dentro de sus usos y costumbres?

En consecuencia, el juez constitucional determinó que las autoridades indígenas juzgaron al accionante de acuerdo con sus usos y costumbres, pero le impusieron a éste una pena no contemplada dentro de su respectivo ordenamiento jurídico; por tanto, se vulneró su derecho fundamental al debido proceso restringido en su contenido a la legalidad de los delitos y de las penas.

<sup>37</sup> *Idem.*

<sup>38</sup> Sobre el punto, el magistrado José Gregorio Hernández, en su salvamento de voto, manifestó lo siguiente: “Sin que ello implique discrepancia fundamental sobre el contenido de la Sentencia, debo advertir que, a mi juicio, el derecho de defensa, en cuanto posibilidad individual de ser oído, de controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga, no puede ser sustituido por el acuerdo entre familias, así se parta del supuesto —no siempre válido— de que la del procesado habrá de velar por los intereses de éste. Estimo que la garantía del debido proceso, aun respecto de comunidades indígenas, exige no solamente la legalidad del delito y de la pena como lo dice en esta ocasión la Corte, sino que incorpora necesariamente el derecho de defensa” (Sentencia T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>39</sup> *Idem.*

Finalmente, la Corte dejó sin efectos la decisión adoptada por la Asamblea General de Cabildos el quince de febrero de 1995, con objeto de “preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria”.<sup>40</sup>

Otro ejemplo: el indígena páez, Francisco Gembuel Pechene, interpuso una acción de tutela contra el gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el presidente de los cabildos de la zona norte del Cauca, por vulneración de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad y al debido proceso.<sup>41</sup>

Las circunstancias fácticas del caso pueden resumirse de la siguiente manera:

El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como alcalde de Jambaló. En consecuencia, el 21 de agosto de 1996 los gobernadores de los cabildos de la zona norte del Cauca decidieron asumir la investigación del mencionado caso y, por ende, ordenaron la aprehensión del accionante, junto con cinco personas más, por la presunta participación en la muerte del alcalde. La acusación contra el demandante se fundamentó en “haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que Marden Betancur estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos”.<sup>42</sup> Durante el trámite de la investigación se recibió el testimonio del actor y la ampliación de su indagatoria con la asistencia de un defensor miembro de la comunidad indígena de Jambaló. Posteriormente, los miembros de los resguardos indígenas se reunieron en la Asamblea General de los Cabildos de la Zona Norte, con objeto de conocer los resultados de la investigación y, por ende, decidieron que “el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios”.<sup>43</sup> De esta manera, el accionante interpuso la acción de tutela por la vulneración de sus derechos fundamen-

40 *Idem.*

41 Sobre el tema véase Gómez Valencia, Herinaldy, *De la justicia y el poder indígena*, Cauca, Universidad del Cauca, 2000, pp. 21-69; AA.VV., *Sistemas jurídicos paez, kogi, wayúu y tule*, Bogotá, Colcultura, pp. 47-118.

42 Sentencia T-523 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

43 *Idem.*

tales al debido proceso, a la vida y a la igualdad. El juez de primera instancia concedió la protección solicitada por el accionante, en razón de que los demandados vulneraron sus derechos fundamentales a la defensa y a la integridad personal. Además, el mencionado despacho consideró que la pena de 60 fuetazos constituye una práctica de tortura.<sup>44</sup> Finalmente, el juez declaró la nulidad del proceso adelantado contra el actor y ordenó a la respectiva comunidad adelantar nuevamente la investigación garantizando “el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena”.<sup>45</sup>

La Corte Constitucional en el mencionado caso resolvió los siguientes problemas jurídicos: ¿corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los cabildos indígenas del norte del Cauca? ¿La ausencia de abogado defensor dentro del juicio que adelantó la comunidad indígena páez constituye una vulneración del derecho a la defensa? ¿La pena del fuate constituye una tortura que vulnera el derecho a la integridad personal del accionante?

En primer lugar, la Corte manifestó que las autoridades indígenas juzgaron al accionante de conformidad con sus usos y costumbres, por lo cual no hubo vulneración del derecho fundamental al debido proceso.<sup>46</sup> Además, el juez constitucional, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, determinó que las autoridades indígenas no vulneraron el derecho a la defensa del actor, pues permitieron a éste, por un lado, ser asistido por un defensor, siempre y cuando fuera “miembro activo de la comunidad” y, por otro, rendir sus descargos durante la Asamblea general.<sup>47</sup> Al respecto, la Corporación señaló lo siguiente:

44 El fuate consiste en la flagelación corporal con un perrero de arriar ganado.

45 *Idem*.

46 Sobre el tema, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “El derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social” (Sentencia T-523 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

47 En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres, y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad.<sup>48</sup>

En segundo lugar, la Corte entró a determinar si la sanción del fueete constituye una tortura o pena inhumana y degradante a la luz de,<sup>49</sup> por una parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes incorporada al ordenamiento jurídico mediante la ley 78, de 1986, la cual define la tortura como “...todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales...”,<sup>50</sup> y, por otra, la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, según la cual “no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles”.<sup>51</sup> Al respecto, la corporación determinó lo siguiente:

La Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de

48 *Idem.*

49 Sobre el tema, Sánchez Botero afirma lo siguiente: “El fueete fue incorporado por imposición de los españoles, y en un proceso de traducción se le acomodó el concepto propio de rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre extremos, como fuerza entre lo claro y lo oscuro. El fueete restalla como truenos y rayos, media entre el paso de lo que está oscuro y lo que está claro. Quien es definido, o encontrado, en un estado de oscuridad, puede y debe pasar a un estado de claridad, debe ser tocado por el fueete y pasar por el rayo como medio para alcanzar la claridad. Los paeces son seres en devenir que pueden pasar realmente de estados, mediando siempre un ritual. Esta es una expresión concreta de la diversidad cultural en Colombia, que se manifiesta en un estilo cognitivo particular, es decir, aquellos referentes de la cultura que sirven de guía para los comportamientos y que otorgan significaciones compartidas. El hecho de ser público marca una clasificación muy precisa con relación a lo privado, ya que la sanción no es sólo para el individuo sino para su familia, quien no puede eximirse de culpabilidad, ya que la familiaridad que debe haber entre los miembros debe implicar conocer lo que hace cada uno. Por lo tanto, ellos son responsables porque no contribuyeron a frenar la infracción a las prohibiciones” (Sánchez Botero, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 336).

50 *Idem.*

51 *Idem.*

acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente por los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento público”, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad.<sup>52</sup>

Por último, el juez constitucional determinó que la sanción de expulsión del territorio indígena impuesta al accionante no excede los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, pues de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos no constituye una pena de destierro.<sup>53</sup>

## II. FUERO INDÍGENA

La Corte Constitucional determinó los elementos que constituyen la noción de fuero indígena; por una parte, el elemento personal, con el que se pretende señalar que “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”<sup>54</sup> y, por otra, el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”.<sup>55</sup> Sin embargo, cuando un indígena realiza una acción reprochable afectando a quien “no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo”,<sup>56</sup> el juez penal puede “enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”,<sup>57</sup> por tanto, éste deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales

52 *Idem.*

53 *Idem.*

54 Sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

55 *Idem.*

56 *Idem.*

57 Al respecto, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “Las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar a un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional” (Sentencia T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz).

son los competentes para conocer del caso;<sup>58</sup> sin embargo, éstos deberán “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”.<sup>59</sup>

En segundo lugar, si la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos, el juez penal 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 a sus normas y procedimientos”.<sup>60</sup>

Así, por ejemplo, el indígena páez Librado Guinas Finscue interpuso la acción de tutela contra el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila, por vulneración de sus derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen las comunidades indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Los hechos que motivaron la mencionada acción de tutela son los siguientes:

El 7 de noviembre de 1993, en la vereda de Bajo Cañada, Huila, el accionante asesinó a Gregorio Pumba Gutiérrez, quien era su compañero

58 Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “La Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto... Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad sociocultural 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 (CP, artículo 8)” (Sentencia C-370 de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett).

59 *Idem.*

60 *Idem.*

de trabajo. En consecuencia, la fiscalía inició la respectiva investigación y, además, decretó un dictamen pericial con objeto de determinar “una posible inimputabilidad por inmadurez psicológica, debido a la calidad de indígena desadaptado al medio social en que se desenvuelve”.<sup>61</sup> De esta manera, la antropóloga forense dictaminó que el accionante debía volver a su entorno cultural, pues éste es “fiel a sus tradiciones y costumbres y su ancestro cultural incide notablemente en su comportamiento”,<sup>62</sup> por el contrario, el psiquiatra forense consideró que el actor tenía la capacidad suficiente para comprender la ilicitud de su comportamiento, en razón de que ha tenido bastante “contacto con la civilización”.<sup>63</sup>

Por consiguiente, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, mediante sentencia del veintiséis de abril de 1995, condenó al accionante a la pena de veinte años y diez meses de prisión, por el delito de homicidio. El citado despacho judicial consideró que el actor no era inimputable, pues al momento de la comisión del hecho punible comprendía la ilicitud de su conducta.<sup>64</sup> El apoderado del accionante impugnó la anterior decisión, en razón de que su defendido era inimputable y, por ende, debía ser regresado a su entorno cultural. El juez de segunda instancia confirmó la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata contra el accionante. El actor interpuso la acción de tutela con objeto de que sea juzgado por su comunidad, de conformidad con sus usos y costumbres. El juez de primera instancia denegó la protección solicitada por el accionante, en razón de que en el proceso penal fue ampliamente debatido el objeto de la controversia. La anterior sentencia fue impugnada por el apoderado del accionante; no obstante, el juez de segunda instancia confirmó dicha decisión, en virtud de que las normas penales prevalecen sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, pues éstas tienen por objeto proteger la vida, que es un valor superior a la diversidad étnica y cultural. Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional debía resolver los siguientes problemas jurídicos: ¿cuál es la jurisdicción competente para juzgar a un indígena que ha cometido el delito de homicidio por fuera de su territorio, contra un miembro de otra comunidad indígena?, ¿los jueces penales incurrieron en vías de hecho al

61 T-496 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

62 *Idem.*

63 *Idem.*

64 El accionante no padecía de trastorno mental o de inmadurez psicológica que le impidiera comprender la ilicitud de su conducta.

omitir la valoración del dictamen pericial emitido por el antropólogo forense que recomendaba devolver al accionante a su entorno cultural?

En efecto, la Corte Constitucional, con base en las anteriores consideraciones, determinó que el accionante no tenía derecho al fuero indígena;<sup>65</sup> por una parte, el lugar de la comisión del hecho punible se encuentra fuera del territorio de la comunidad indígena páez, y, por otra, el actor abandonó por su propia voluntad la respectiva comunidad, por lo cual “al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional”.<sup>66</sup> Sobre el tema, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

De lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una DIFERENCIA valorativa y no de una INFERIORIDAD en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia, ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades.<sup>67</sup>

Finalmente, la Corte Constitucional determinó que los jueces penales no incurrieron en vías de hecho judiciales,<sup>68</sup> pues éstos efectuaron una apreciación razonable sobre la imputabilidad del accionante, de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, sin que se “pueda concluir que por el hecho de aceptar el informe del psicólogo forense y no del antropólogo, se esté incurriendo en una conducta que afecte el derecho al debido proceso, o incluso el principio de diversidad étnica y cultural”.<sup>69</sup> Al respecto, la corporación señaló lo siguiente:

65 La Corte en la mencionada sentencia señaló que el factor territorial no es suficiente para solucionar los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

68 Sobre el tema, véase Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*, Bogotá, Huella de Ley, 2001.

69 *Idem*.

Tal valoración se hizo con base en todas las pruebas aportadas en el expediente, y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no se encontró una justificación razonable que determinara que el sujeto, al momento de cometer el homicidio, no comprendía la ilicitud de la conducta o no podía determinarse frente a ella.<sup>70</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

La línea jurisprudencial contenida en los anteriores fallos permite inferir las siguientes conclusiones:

*Primera.* La Corte Constitucional, a través de sus sentencias de tutela, ha definido los límites a las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas. Por un lado, en la sentencia T-254 de 1994 consideró que la jurisdicción especial indígena debe respetar “todos los derechos fundamentales” consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y, por otro, en las sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997 señaló que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena. Esta última posición, a nuestro juicio, es la más acorde con el principio constitucional de respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación (C.P, artículo 7o.), pues logra conciliar el carácter universal de los derechos humanos con el respeto de las diferencias culturales de las minorías.

*Segunda.* Si un indígena comete una falta “dentro de su territorio”, ésta deberá ser juzgada, en principio, por sus propias autoridades, en razón de que el artículo 246 de la Constitución Política establece la facultad que tienen las comunidades indígenas para juzgar a sus miembros, conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando respeten la Constitución y la ley. Sin embargo, el juez constitucional ha señalado que el factor territorial no es suficiente para determinar la competencia de la jurisdicción especial, en virtud de que puede presentarse el caso de un indígena que cometa una conducta reprochable afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del territorio indígena. En

70 *Idem.*

consecuencia, el juez penal deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, si la conducta se encuentra sancionada únicamente en el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son competentes; no obstante, éstos deberán evaluar si el indígena al momento de la comisión del hecho punible comprendía la ilicitud de su conducta, a fin de determinar en el caso concreto si es conveniente que éste sea juzgado y sancionado por la jurisdicción ordinaria, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo con sus normas y procedimientos.

En segundo lugar, cuando la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos jurídicos, el intérprete deberá tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etcétera.