

T-349-96

Sentencia T-349/96

DERECHO A LA SUPERVIVENCIA CULTURAL

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Alcance

El postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación; en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

MAXIMIZACION AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza/MINIMIZACION RESTRICCION AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza

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 la 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: que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía; que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites a facultades jurisdiccionales/JURISDICCION INDIGENA-Límites constitucionales

Las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, porque: se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.

DEBIDO PROCESO EN COMUNIDAD INDIGENA-Legalidad mínima/LEGALIDAD DEL DELITO Y DE LA PENA EN JURISDICCION INDIGENA-Aplicación

El exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades indígenas hace procedente la tutela en el caso del actor, puesto que además de implicar una violación a su derecho al debido proceso (restringido en su contenido a la legalidad del delito y de la pena), se trata de un caso en el que el actor no dispone de otro medio de defensa judicial.

Referencia: Expediente T-83456

Actor: Ovidio González Wasorna

Demandado: Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único (CRIR)

Remitido por: Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C., agosto ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz -este último en calidad de Ponente-,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Procede a dictar sentencia en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató, Risaralda, el treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

I. Antecedentes

Interpone la tutela el indígena embera-chamí Ovidio González Wasorna en contra la Asamblea General de Cabildos en Pleno de la comunidad a la que pertenece y del Cabildo Mayor Único de Risaralda, por vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad física, consagrados en los artículos 29, 11 y 12 de la Constitución Política. Intenta a través de este mecanismo judicial que se le permita regresar a su comunidad (en el momento de interponer la tutela se encontraba recluido en la cárcel distrital de Pereira) pues “es viudo y tiene dos hijos de siete y dos años que están con [su] segunda esposa que es muy joven” (fl. 7)

1. Hechos

En el mes de septiembre de 1994, el actor y otro indígena de la misma comunidad, fueron capturados por los “auxiliares locales” del Cabildo local de Purembará, por su participación en el homicidio de Jesús Edgar Niaza Dobigama, también perteneciente a la comunidad indígena embera-chamí (fl. 116)

En el momento de su captura se les escuchó su versión de los hechos y se les encerró en el calabozo de la localidad, donde al parecer estuvieron amarrados con cuerdas (fl. 12). Una semana después (el 10 de septiembre de 1994) los dos detenidos escaparon del calabozo y se entregaron voluntariamente a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, argumentando que habían sido amenazados de muerte por miembros de su comunidad y que habían sido objeto de torturas (fl. 12).

La Fiscalía 24 de Belén de Umbría inició la investigación correspondiente a los hechos mencionados por el actor y su compañero, nombrándoles defensor de oficio. Sólo se mantuvo detenido al señor González Wasorna; al otro se le dejó en libertad, por no haberse encontrado pruebas suficientes en su contra (fl. 12).

El 14 de enero de 1995, el Cabildo Mayor Único de Risaralda, notificó a la cárcel del distrito judicial de Pereira, donde el actor se encontraba recluido, que éste había sido condenado a “8 años de cárcel” en reunión de los Cabildos locales celebrada en Cicuepa los días 2 y 3 de diciembre (fl. 11).

Al conocer el fallo de la comunidad indígena, la Fiscalía que adelantaba la investigación la dio por terminada. Los representantes de la defensoría del pueblo radicados en Mistrató, intentaron convencer a la comunidad de que modificara el fallo y adelantara nuevamente el proceso, permitiendo la intervención del sindicado, así como de su defensor de oficio (fl. 13). Fueron programadas varias reuniones para discutir el asunto; sin embargo, los dirigentes de la comunidad no asistieron a ninguna de ellas (fl. 13).

El día 15 de febrero de 1995, en la Asamblea General de la comunidad (dirigentes y miembros), se resolvió aumentar la condena del sindicado a 20 años de cárcel (fl. 10). En dicha asamblea estuvieron presentes los familiares de la víctima, así como los del sindicado (fl. 33). Hubo consenso general acerca del aumento de la pena, nadie intercedió a favor del sindicado González Wasorna (fls. 33 y 117). La severidad de la condena obedeció, por un lado, a la calidad de la víctima, "(...) Edgar era un muchacho muy joven, honrado, trabajador, no tenía ningún antecedente ante el resguardo indígena(...)" (fl. 32) y, por el otro, a los antecedentes de "rebeldía" del actor con la comunidad (fls. 33 y 118).

En efecto, según la declaración del gobernador del CRIR, José Manuel Sucre Guasirucama, que obra en el expediente, cuando el actor fue dirigente en 1991, "(...) tuvo lesión personal allá irrespetando que él fue autoridad indígena(...) de resto, el incumplió mucho en directiva, no hacía el trabajo y mantenía tomando trago y creándose problemas." (Fl. 118) Adicionalmente, afirma que "Juzgar por muchos puntos, primero maltrato de la mujer, la primera mujer de él dicen que se murió por el maltrato de él, y segundo por haber sido dirigente y asesinar compañero y porque antes de haber sido dirigente ayudó a matar a otro compañero, eso ya es irrespeto en la comunidad." (fl. 118)

Una vez los delegados de la defensoría del pueblo conocieron de la decisión de la Asamblea General, programaron nuevas reuniones con los miembros del CRIR, sin obtener resultados favorables, por lo que le informaron al actor que probablemente se interpondría una tutela a nombre suyo (fl. 13). Unos días después, el actor decidió interponer la tutela personalmente (fls. 1 y 13).

2. Sentencia del Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató (Risaralda)

Correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató conocer de la demanda de tutela interpuesta por el señor Ovidio González Wasorna. Este juzgado concedió la tutela al actor, y

dispuso dejar sin efectos las decisiones de la comunidad indígena en su contra, ordenando al cabildo demandado suministrar toda la información a su alcance a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, con el fin de que ésta reanudara la investigación correspondiente.

Las razones que motivaron tal decisión pueden sintetizarse de la siguiente manera:

a. El actor no dispone de otro medio de defensa judicial, en tanto que contra las decisiones de la comunidad no cabe recurso alguno. (En este punto la sentencia acoge expresamente lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-254 de 1994, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

b. De acuerdo con la declaración del gobernador del Cabildo, éste es el primer caso de homicidio que la comunidad resuelve, por lo que se concluye que “no hubo (...) ninguna costumbre, ningún uso, que permitiera aplicarse en razón de su constancia, y permanencia, y en acierto de la sabiduría de los conocimientos de esta organización étnica.”

c. Los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, así como los reconocidos internacionalmente, son límites claros a la autonomía que se les reconoce a las comunidades indígenas. Entre ellos, el derecho al debido proceso y a la defensa.

d. Al actor se le violó flagrantemente su derecho al debido proceso ya que:

-Las normas bajo las cuales fue juzgado no eran preexistentes al caso.

-El actor no estuvo presente en su juzgamiento, lo cual hubiera sido posible, pues se encontraba recluido en la cárcel distrital.

-En el proceso que se adelantó en su contra estuvieron presentes, en calidad de jueces, los miembros de la familia de la víctima.

-Se le negó al actor la posibilidad de presentar pruebas y de controvertirlas; incluso se le negó el derecho a impugnar la decisión, pues no fue notificado de ella.

e. Afirma, finalmente, que a pesar de que es loable el fin que perseguía la comunidad al efectuar el juzgamiento del actor, básicamente lo que se pretendía era evitar una guerra entre las familias; este objetivo no puede ser logrado a costa de los derechos al debido

proceso y a la defensa del actor.

Con posterioridad al fallo de tutela, al actor se le concedió el beneficio de la libertad provisional, en virtud de la tardanza de la fiscalía encargada en dictar la resolución de acusación. Actualmente, se encuentra en libertad, a pesar de existir en su contra una orden de captura.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer la revisión de la sentencia proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató.

2. Consideraciones de Fondo

La tutela presentada por el actor en contra de la decisión de las autoridades indígenas de su comunidad plantea básicamente 2 problemas jurídicos:

a. ¿Cuáles son concretamente los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas, específicamente en el caso del juzgamiento de la conducta de uno de sus miembros contra otro, cuando ésta ha tenido lugar dentro del territorio de la comunidad respectiva?

b. ¿Fueron rebasados estos límites en el caso objeto de la revisión?

2.1. El principio constitucional de la protección a la diversidad cultural

La Constitución Política Colombiana reconoce el valor inherente a la diversidad cultural, al incluir en su artículo séptimo como uno de los fines esenciales del Estado, el del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.

Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); 70 (igualdad entre las culturas); 171 y 176 (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); 246 (jurisdicción

especial indígena); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente), entre otros.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de este principio, otorgándole un lugar preponderante en la decisión de los casos en los que se han visto involucrados los intereses de las diversas etnias que ocupan el territorio colombiano.

En la sentencia T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte indicó que la comunidad indígena “ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales”, pues, “(...) no puede en verdad hablarse de protección a la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de sus derechos fundamentales (...)”. La providencia señala, además, que dentro de los derechos que deben reconocerse a las comunidades se encuentra el derecho a la subsistencia y a no ser objeto de desapariciones forzadas.

En la sentencia C-530 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) también se resaltó la importancia de este principio, al ubicarlo como sustento de la constitucionalidad de la norma que restringe el asentamiento de no nativos en el Archipiélago de San Andrés y Providencia. En este caso, la diversidad étnica y cultural estaba referida a la comunidad étnica de los raizales de las islas.

Igualmente en la sentencia C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), el principio que obliga el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, sirvió como fundamento para declarar la constitucionalidad de una norma del ordenamiento. Se trataba en este caso de aquella que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios. La Corte afirmó que no se viola el derecho a la igualdad al otorgar un tratamiento diferente a los indígenas, puesto que la distinción se basa en las particularidades del entorno cultural en el que se desarrollan sus vidas y en el que adquieren su identidad. Se enfatizó en el hecho de que el beneficio es sólo para quienes viven con su comunidad en sus territorios, puesto que el propósito esencial de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad y no otorgar un privilegio a los

individuos en razón de su pertenencia a una etnia.

En la sentencia T-377 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte aclaró que lo que se asevera en la providencia respecto a la práctica de la medicina no puede afectar la actividad de brujos, curanderos o chamanes, dado que ésta está protegida por el principio de la protección a la diversidad étnica.

2.2. El alcance del principio del reconocimiento y la protección a la diversidad cultural

Por tratarse de un principio incorporado a una norma (lo que le confiere a ésta un carácter específico), el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural que se consagra en el artículo séptimo del Estatuto Superior, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente. 1

Teniendo en cuenta esta definición (que no pretende ser sino una aproximación a lo que puede entenderse por “etnia”), el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, 4 puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la 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.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos.

2.3. La interpretación del artículo 246 de la C.P.

El artículo 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

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

Respecto al análisis de la norma la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

“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 dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.” 5

Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente.

Ahora, para concretar este mínimo, es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígenas, indígenas de dos comunidades diferentes). La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma.

La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es éste segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela.

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. 6 En segundo

lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles 7 que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

En efecto, el artículo cuarto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (aprobado por la Ley 74 de 1968), establece que:

1. En situaciones excepcionales (...) los Estados partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto (...)
2. La situación precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...)

Así mismo, el artículo quince de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, establece que:

1. En caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio (...)
2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...).

También la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (aprobada por la Ley 16 de 1972) prevé dentro de los derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud. Su artículo 27 dispone,

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, (...) suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...)
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los

siguientes artículos (...) 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre) (...)

Por otra parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (aprobado por la Ley 78 de 1986) en su artículo 2, parágrafo 2, dispone:

2. En ningún caso podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como estados de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

Finalmente, el artículo tercero común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, relativos al derecho de la guerra (aprobados por la Ley 5 de 1960), prevé:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

(...) A tal efecto quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba mencionadas [civiles y militares heridos o que hayan depuesto las armas]:

a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

(...)

c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

(...)

A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, 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. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito

llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.

Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades 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. Por otra parte, 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.

Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional.

2.4. El caso concreto

2.4.1. La comunidad embera-chamí

De acuerdo con el estudio realizado por los antropólogos Carlos Cesar Perafán y Luis José Azcárate sobre el sistema jurídico de la comunidad indígena a la que el actor pertenece, ⁸ éste se caracteriza por lo siguiente (sólo se hará mención de los aspectos relevantes para la decisión del caso concreto):

-Existe una clara diferenciación entre un orden humano y un orden mágico religioso. En el primer caso, se trata de normas creadas por los hombres que implican ya sea arreglos o sanciones, derivados de la operación de procedimientos que siguen un sistema segmentario,

de compensación o centralizado, según la naturaleza de la conducta realizada o de los intereses en conflicto. En el segundo caso, por el contrario, lo que se persigue es el “control de las fuerzas de la naturaleza”; “entendida esta naturaleza dentro de la cosmovisión embera-chamí, que incluye los sustratos de los tres mundos y de los espíritus que los habitan y que se realiza a través de la práctica del jaibanismo y de la ritualidad”. 9

De acuerdo con los autores mencionados “lo que es específico de los embera-chamí es la autonomía de cada uno de los sistemas (...), en el sentido en que actúan independientemente, sin mayores intersecciones. En este sentido es notorio que falta en este pueblo la base teológica mágico-religiosa en los sistemas de control de la sociedad que es característica de otros pueblos (...)”. 10

Pero esta separación entre su visión mágica del mundo y sus instituciones netamente jurídicas no reduce la importancia para la supervivencia cultural que le atribuye la comunidad a la posibilidad de resolver sus propios conflictos. En ella se cifra la facultad de evitar la guerra entre las familias (o patrilinajes) cuyos intereses se han visto afectados. En este sentido, en el escrito enviado a esta Corporación por petición del magistrado sustanciador, los autores afirman:

“En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo embera-chamí le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo embera-chamí es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace del conflicto una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas, puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos, en la guerra tribal sin control.” (fl. 154)

-El sistema jurídico, por su parte, se distingue por la hibridación de dos niveles procedimentales. En un nivel, se ubicarían los sistemas segmentario y de compensación, de antigua raigambre. En el otro, un sistema centralizado, mucho más reciente e íntimamente ligado a la organización de los cabildos.

El sistema segmentario involucra un acuerdo entre los patrilinajes del ofensor y de la víctima

en cuanto a la sanción que deberá purgar el autor de la conducta. 11 El sistema de compensación es aquel en el que la sanción consiste en el pago de una suma de dinero. 12 Finalmente, el sistema centralizado opera a través de las reuniones veredales o generales ('reuniones de todos'). 13

En este punto, tanto en el estudio como en el escrito enviado a la Corte, se enfatiza en la importancia de la articulación de los dos sistemas para que el proceso adelantado cumpla su función preventiva de las venganzas de sangre. De ahí la importancia de que dentro del proceso que se lleva a cabo en las reuniones, ya sean veredales o generales, (sistema centralizado) estén representados los patrilinajes (familias extensas) de todas las partes en conflicto. Representación que conlleva también la posibilidad de ser jueces de la causa. 14 Por esta razón, la decisión se toma en una reunión veredal sólo si todas las partes pertenecen a una misma vereda; de lo contrario, la decisión deberá tomarse en una reunión general. También se deciden en las reuniones generales las faltas muy graves. 15

-Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. 16 De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un jaibaná (hechicero) cuando éste sospecha que su hijo murió por causa del último; con cinco años el homicidio que se comete en estado de embriaguez; con seis años el homicidio del esposo de una mujer del que se está enamorado (a la mujer se le castiga con 3 años de cepo y trabajo forzado por provocadora); y con ocho años el homicidio que comete un jaibaná haciendo uso de sus poderes sobre las fuerzas de la naturaleza (el castigo es particularmente grave por el estado de indefensión de la víctima). 17

El estudio incluye la apreciación que hace uno de sus informantes sobre la diferencia entre este tipo de castigos y los de los "caponías" (blancos):

"En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto -12 o 24 horas-, pero es efectivo. La

persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo -nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro.” 18

- En el caso del homicidio, la comunidad ha utilizado de una manera particular su relación con la justicia ordinaria. A ésta se le remiten para el castigo los casos que la comunidad misma no puede resolver, con el fin de evitar que se desaten guerras intertribales. En este sentido los autores afirman que :

“Si el homicida es muy necio, “muy exagerado” y no se aviene al castigo, se remite a la justicia ordinaria. También cuando los patrilinajes “dolientes” no permiten que se castigue a la persona, bien porque se opongan al castigo, bien porque los familiares de la víctima acudan por cuenta propia a denunciar al victimario a la justicia ordinaria.”

- Dentro del estudio se anota además que desde la creación del Cabildo Mayor Único de Risaralda, éste ha venido ejerciendo funciones jurisdiccionales, pasando por alto el procedimiento de las reuniones y sin consultar a los patrilinajes de las partes en conflicto. 19 Esto generó múltiples problemas dentro de la comunidad, hasta el punto de que algunas parcialidades conformaron cabildos autónomos. 20

2.4.2. Adecuación del proceso adelantado contra el actor

Conforme a lo explicado anteriormente, los límites a las facultades jurisdiccionales indígenas, tratándose de un asunto meramente interno, son solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de las torturas y una legalidad mínima, entendida funcionalmente como la existencia de reglas previas respecto a la autoridad competente, los procedimientos, las conductas y las sanciones, que permitan a los miembros de cada comunidad un mínimo de previsibilidad en cuanto a la actuación de sus autoridades.

Procede ahora evaluar si estos límites fueron transgredidos en el caso del actor o no.

2.4.2.1. El derecho a la vida

El ordenamiento jurídico de la comunidad embera-chamí protege el derecho a la vida mediante la tipificación del delito de homicidio, en varias modalidades, 21 y de la sanción a las autoridades en caso de que éstas abusen de su facultades. 22 La pena de muerte no está contemplada para ningún delito conforme a la declaración del gobernador del cabildo, que obra en el expediente (fl. 35). 23

A pesar de que en el escrito de la tutela el actor alega que fue objeto de amenazas de muerte y que fue por eso que decidió fugarse y entregarse a las autoridades “blancas”, no existe prueba en el expediente de que hubieran sido las mismas autoridades de la comunidad quienes hicieron las amenazas.

Preguntado al respecto, el gobernador del cabildo mayor afirmó que “El compañero de pronto le dio miedo la misma mujer venía a traerle la comida y le hicieron dar miedo”. (fls. 131 y 132) Aseveró, además, que no conoce ninguna razón que justificara una acción de venganza contra el actor, por el contrario, “él es el que molesta a la gente amenazado y todo”. (fl. 132)

De otra parte, si dichas amenazas existieron en realidad, la comunidad cuenta con los mecanismos ya mencionados para sancionar tales conductas. Estos mecanismos, por ser de carácter eminentemente judicial, excluyen la procedencia de la tutela.

2.4.2.2. El derecho a la integridad personal

Al igual que con el derecho a la vida, la comunidad embera-chamí prevé sanciones penales para los atentados contra la integridad personal 24 y para las actuaciones irregulares de las autoridades frente a los infractores. La existencia de este mecanismo judicial hace improcedente la tutela.

Ahora bien, el actor alega que el castigo del cepo, que es el vigente en la comunidad para la infracción por él cometida, constituye un “trato cruel e inhumano”. Sin embargo, 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. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la

integridad del condenado. 25 Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad. 26

Por otro lado, esta valoración que la comunidad hace del cepo como forma de castigo, vuelve ilegítimos los reclamos de sus mismos miembros en contra de la práctica, más cuando, como en este caso, la queja resulta más de una posición acomodaticia que de un verdadero convencimiento de la perversidad de la práctica.

En este punto, cabe resaltar que, de acuerdo con el expediente, el actor fue dirigente de la comunidad en 1991, razón por la cual es posible deducir que estuvo en sus manos la potestad de influir en la comunidad para variar la sanción y sin embargo no lo hizo. Sólo ahora, seguramente asesorado por los “blancos” y pensando que podría sacar algún provecho de ello, decidió acusar a su comunidad de proferir tratos inhumanos a sus miembros por el hecho de usar el cepo.

2.4.2.3. Legalidad del procedimiento

Como se explicó en la parte correspondiente a los hechos, primero el actor fue sentenciado por el Cabildo Mayor Único de Risaralda, reunido en Cicuepa, a una pena de “8 años de cárcel”. Posteriormente, en una reunión general (“de todos”), en la que participaron tanto los familiares de la víctima como los del acusado, se decidió que la pena debía ser de “20 años de cárcel”.

Si bien la comunidad no tiene prevista la operación de una segunda instancia, el hecho de que se hubieran producido dos sentencias no puede considerarse como una transgresión de sus normas tradicionales. Por el contrario, lo que resulta claro es que con el segundo proceso lo que se intentaba era subsanar las irregularidades que aquejaba el primer veredicto. En efecto, conforme a lo señalado arriba respecto del ordenamiento jurídico embera-chamí, el juzgamiento de las infracciones graves a las normas de la comunidad corresponde a la comunidad misma reunida. En estas reuniones es de vital importancia la presencia de los patrilinajes enfrentados, con el fin de que el fallo sea legítimo y no se desenlace una guerra entre familias. El juzgamiento por parte de las autoridades del cabildo, como se anotó, carece de legitimidad dentro de la tradición, por lo que resulta lógico que la comunidad hubiera decidido adelantar nuevamente el proceso de acuerdo con sus costumbres.

Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí 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.

Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. Fue la necesidad de ese acuerdo, justamente, la que determinó que se realizara el segundo juzgamiento por parte de toda la comunidad, pues en el juicio realizado en el Cabildo se había omitido ese requisito esencial. Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales.

2.4.2.4. Legalidad del delito y de la pena

Dentro del ordenamiento jurídico de la comunidad, como se expuso, se prevé una sanción para los homicidios cometidos en estado de embriaguez, al que llaman en su dialecto “Itúa biu’ba bea’si” (un borracho mató al compañero).²⁷ Fue por este delito que juzgaron y condenaron al actor.

Aunque el fenómeno de la tipicidad no se da aquí tal como lo entendemos nosotros, pues no existe una ley escrita y estricta, si se verifica una interiorización de la prohibición. Lo que puede predicarse con mayor seguridad en este caso porque ésta es la forma de homicidio

más frecuente dentro de la comunidad.²⁸

El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades.

En cuanto a la pena, es claro que la que la comunidad tradicionalmente ha asignado al delito cometido por el actor es de tres años de trabajo forzado y cepo. El requisito de la legalidad debe estudiarse, entonces, atendiendo a este parámetro, por lo menos en lo que se refiere al tipo de pena, ya que la duración de la sanción si puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad.

Entonces, lo que era previsible para el actor era que se le impusiera una sanción de trabajo forzado y cepo que debía cumplir en el territorio de la comunidad. Su otra opción, como se ha indicado en la descripción del ordenamiento jurídico embera-chamí, era que la comunidad remitiera su caso a la justicia ordinaria, para que allí se adelantara el juzgamiento de la conducta con todas las garantías propias de este tipo de procesos y con todas las cargas que ella implica. La comunidad, sin embargo, actuó por fuera de esto que era previsible para el actor, al imponer una sanción completamente extraña a su ordenamiento jurídico: una pena privativa de la libertad que debía cumplir en una cárcel “blanca”.

A pesar de que resulta comprensible la actitud de la comunidad, ya que lo que puede percibirse es un intento por extender sus facultades jurisdiccionales más allá de su territorio, con el fin de asegurar que la conducta no quedaría impune y evitar así un enfrentamiento violento entre las familias involucradas en el conflicto, lo cierto es que el mínimo al que tenía derecho el actor era que la sanción impuesta se enmarcara dentro de una de las dos posibilidades mencionadas. Esto, particularmente, porque la comunidad embera-chamí sí tiene definido un tipo de pena para cada conducta que desvaloriza, al contrario de otras comunidades en las que sólo está definido el mecanismo por el cual va a llegar a definirse el castigo.

2.4.3. Conclusiones

Este exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades indígenas hace procedente la tutela en el caso del actor, puesto que además de implicar una violación a su derecho al debido proceso (restringido en su contenido a la legalidad del delito y de la pena), se trata de un caso en el que el actor no dispone de otro medio de defensa judicial. En efecto, quien tomó la decisión definitiva fue la comunidad reunida en pleno, autoridad suprema y, por lo tanto, incuestionable en sus determinaciones.

Para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá 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.

Tal decisión, que deberá tomarse en una reunión general por ser la autoridad máxima de la comunidad, deberá ser notificada en el término de 30 días calendario al juez que adelanta el proceso penal en contra del actor. Durante este tiempo, el proceso penal continuará su curso regular y de no haber una respuesta oportuna y clara de la comunidad, se entenderá que ella ha renunciado a su facultad de juzgar al actor. Si la comunidad decide juzgarlo nuevamente, éste será remitido por la justicia ordinaria al territorio de la comunidad, para lo cual la Policía Nacional prestará su concurso si al momento de notificarse la decisión de la comunidad el actor no ha sido capturado aún.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala Cuarta de Revisión de tutelas,

RESUELVE:

Primero: Confirmar el numeral primero del fallo proferido por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, aclarando que la tutela se concede solamente por violación del principio de legalidad de la pena (referido a su concepción específica), de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: REVOCAR el numeral segundo del mencionado fallo.

Tercero: Dejar sin efectos la decisión tomada por la Asamblea General de Cabildos el 15 de

febrero de 1995.

Cuarto: Consultar a la comunidad embera-chamí reunida en pleno, sobre su disponibilidad para juzgar nuevamente al sindicado, conforme a sus prácticas tradicionales, de las que hace parte la pena imponible (que debe purgarse dentro de la comunidad), o si consideran que han de ser los jueces ordinarios quienes lleven a término el juzgamiento. Sobre estas circunstancias deben informar al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, en el término de 30 días calendario, contados a partir de la notificación de la presente providencia.

Quinto: En caso de que la comunidad decida juzgar nuevamente al actor, ordenar a la Policía Nacional que tome las medidas tendientes a capturar al actor y entregarlo a las autoridades de la comunidad embera-chamí.

Sexto: ORDENAR que por Secretaría se envíen copias de esta providencia al Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, con el fin de que ajuste el proceso penal que adelanta contra el actor a lo dispuesto en la parte motiva de este fallo.

Séptimo: LÍBRESE comunicación al Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, con miras a que se surta la notificación de esta providencia, según lo establecido en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, cúmplase e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Magistrado Ponente

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Aclaración de voto a la Sentencia T-349/96

DEBIDO PROCESO EN COMUNIDAD INDIGENA-Defensa del sindicado (Aclaración de voto)

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, sino que incorpora necesariamente el derecho de defensa.

DERECHO DE DEFENSA EN COMUNIDAD INDIGENA-Aplicación (Aclaración de voto)

El reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, que lleva al Estado colombiano a establecer que las autoridades de aquellos podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella, como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre.

Referencia: Expediente T-83456

Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

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.

El reconocimiento de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, que lleva al Estado

colombiano (artículo 246 C.P.) a establecer que las autoridades de aquellos podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella, como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre.

En otros términos, cuando el artículo 246 de la Constitución acepta las disposiciones y procedimientos de los pueblos indígenas, lo hace “siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”, y, si bien es cierto tal punto de referencia no puede entenderse ni aplicarse de manera rígida e inflexible, para no hacer teórico el reconocimiento de la diversidad cultural que la propia Constitución proclama, se hace insustituible un mínimo que, según mi criterio, no solamente comprende el conjunto de derechos previstos en los convenios internacionales a los que alude el fallo y el principio de legalidad sino que también se extiende al derecho de defensa como garantía individual.

JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO

Magistrado

Fecha, ut supra

Aclaración de voto a la Sentencia T-349/96

DERECHO DE DEFENSA EN COMUNIDAD INDIGENA- Aplicación (Aclaración de voto)

El derecho de defensa reconocido universalmente, puede ser tenido en cuenta aún por la costumbre de las comunidades indígenas, pues en todo proceso que se adelante contra cualquiera de los miembros de estas comunidades, son viables las garantías propias del debido proceso, particularmente la del derecho de defensa. Es la misma Constitución la que establece que toda persona tiene el derecho fundamental a la defensa.

Referencia: Expediente T-83456

Acción de tutela de Ovidio González Wasorna contra la Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo Mayor Único

Magistrado Ponente:

Dr. Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C. agosto veintitres (23) de mil novecientos noventa y seis (1996)

Con el debido respeto y consideración que me merecen las decisiones de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corporación, comedidamente me permito consignar la aclaración de voto respecto a la sentencia proferida por la Corte Constitucional dentro del proceso de la referencia, en la forma que a continuación se señala.

Ante todo deseo manifestar que estoy de acuerdo íntegramente con la parte resolutive de la sentencia que concedió la tutela por violación del principio de legalidad de la pena. No obstante, si estimo pertinente aclarar mi voto en lo que se refiere al debido proceso y al derecho de defensa aplicables en las comunidades indígenas. Se expresa en la sentencia aprobada por la Sala que:

“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.

Otro tanto puede decirse del derecho de defensa, que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma. (...) Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicato están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa

Es bien sabido que tanto el Constituyente de 1991 -artículo 29- como el legislador han previsto los mecanismos adecuado para garantizar, necesariamente, el adecuado derecho a la defensa, concebido éste como un derecho fundamental autónomo, ligado al debido

proceso que permite garantizar la realización de otros derechos como la libertad, la petición y la vida, a través de instrumentos como la posibilidad de ser oído, de impugnar las providencias, de controvertir y presentar pruebas y de hacer valer las propias razones ante quien juzga. Mecanismos estos que han sido reconocidos universalmente, como entre otros por la Convención Americana de Derechos Humanos, donde en el artículo 8o. se dispone que “toda persona inculpada del delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado (...); f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos (...)”.

Igualmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, se dispuso en el artículo 11 que: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su defensa mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Este derecho reconocido universalmente, puede ser tenido en cuenta aún por la costumbre de las comunidades indígenas, pues en todo proceso que se adelante contra cualquiera de los miembros de estas comunidades, son viables las garantías propias del debido proceso, particularmente la del derecho de defensa.

Finalmente, es pertinente señalar, que no obstante el artículo 246 de la Carta Política establece que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos”, éstas deben sujetarse a la Constitución y a las leyes de la República. Y es la misma Constitución en el artículo 29 la que establece que toda persona tiene el derecho fundamental a la defensa.

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

1 DE OBIETA CHALBAUD, José A., *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. P. 43.

2 *Id.*, p. 38.

3 *Id.*, p. 39.

4 El derecho a la supervivencia cultural encuentra su fundamento en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9 de la Carta Política y en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Como derecho específico de los pueblos indígenas está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991. Así mismo, este derecho ha sido elaborado jurisprudencialmente en las sentencias de la Corte Constitucional T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-342 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), entre otras.

5 Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

6 Abdullahi Ahmed An-na'im, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment" en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y Richard Falk, "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights", *ibid.*

La existencia de un consenso intercultural en torno a estos derechos también sería susceptible de verificación en el contexto colombiano. Por lo menos eso parecen sugerir los estudios relativos al tema, que demuestran que en las comunidades estudiadas se sanciona penalmente el homicidio y no se practican ni la esclavitud, ni la tortura por parte de las autoridades. Carlos César Perafán, *Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayuu y Tule*, Instituto Colombiano de Antropología, 1995.

7 Frédéric Sudre, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, pp.23-25.

8 Carlos César Perafán y Luis Alejandro Azcárate, Sistema Jurídico Chamí, Proyecto Sistemas Jurídicos Chamí, Guambiano, Tukano y Sikuani, COLCIENCIAS, ICAN, Marzo de 1996 (Inédito).

9 Id., p. 8.

10 Id.

11 Carlos César Perafán y Luis Alejandro Azcárate, Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule, op. cit., pp. 22-23.

12 Id., pp. 28-30.

13 Carlos César Perafán y Luis Alejandro Azcárate, Sistema Jurídico Chamí, op. cit., pp. 88-89.

14 Id., p. 89.

15 Id.

16 Id., pp. 71-72.

17 Id., p. 71.

18 Id., pp. 82-83.

19 Id., pp. 91-93.

21 Carlos César Perafán y Luis Alejandro Azcárate, Sistema Jurídico Chamí, op. cit., pp. 71-72.

22 Id, pp. 53.

23 También id., p. 81.

24 Id., p. 72.

25 Id., pp. 81-82.

26 Manuel José Cepeda, Los Derechos Fundamentales en la Constitución de 1991, Santafé de Bogotá, Temis, 1992.

27 Id., p. 71.

28 Id.