

Sentencia T-454/13

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR DAÑO CONSUMADO-No impide a la Corte Constitucional pronunciamiento de fondo sobre la existencia de una violación de derechos fundamentales y futuras violaciones

COMUNIDAD INDIGENA-Protección y respeto de la integridad e identidad/JURISDICCION INDIGENA-Protección y respeto

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Elementos

La jurisprudencia ha reconocido 4 elementos fundamentales de la jurisdicción especial indígena: (i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; (ii) su potestad de establecer normas y procedimientos propios; (iii) el respeto a la Constitución y la ley, dentro del principio de maximización de la autonomía; y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

FUERO INDIGENA-Concepto/FUERO INDIGENA-Elementos personal y territorial determinan la competencia para que opere la jurisdicción indígena

El derecho de los miembros de los pueblos indígenas a gozar de un fuero, con el correlativo derecho colectivo de la comunidad a juzgar a sus miembros. Así, la noción de fuero indígena comporta dos elementos: (i) uno personal, el cual implica que los miembros de la comunidad sean juzgados de acuerdo a sus usos y costumbres; y (ii) otro geográfico, que justifica el juzgamiento de la respectiva comunidad por los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas. Estos criterios son los que determinan el ámbito de la jurisdicción indígena. Sin embargo, para que proceda la aplicación de tal jurisdicción no es suficiente la constatación de estos dos criterios, ya que también se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, y la definición de un ámbito territorial en el cual ejerzan su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia, y la condición de que tales usos y prácticas no contraríen la Constitución ni la Ley.

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

COMUNIDAD INDIGENA-Figura simbólica del fuete no constituye tortura ni pena degradante

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Caso en que se impuso sanción de castigo físico a través de fuete a la accionante

Referencia: expediente T-3819270.

Acción de tutela instaurada por la señora María Fany Martínez Táquez, contra el Gobernador Suplente del Cabildo Indígena de Ipiales (Nariño).

Procedencia: Juzgado 2º Penal del Circuito de Ipiales.

Magistrado ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C., julio quince (15) de dos mil trece (2013).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido en segunda instancia por el Juzgado 2º Penal del Circuito de Ipiales en enero 17 de 2013, dentro de la acción de tutela incoada por la señora María Fany Martínez Táquez, contra Hancio Rodrigo Tepud Chalaca, Gobernador suplente del Cabildo Indígena de esa localidad.

El expediente llegó a la Corte por remisión efectuada por el referido Juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala Tercera de Selección lo eligió en marzo 21 de 2013, para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

La señora María Fany Martínez Táquez promovió acción de tutela en noviembre 16 de 2012,

contra el señor Hancio Rodrigo Tepud Chalaca, Gobernador suplente del Cabildo de Ipiales, solicitando la protección de sus derechos a la vida, a la salud e integridad personal, al debido proceso y a la igualdad, según los hechos que a continuación son resumidos.

1.1. La actora, de 59 años de edad, residente en la vereda Guacán de la parcialidad indígena de Inchilán (Cabildo Indígena de Ipiales), fue sometida a la sanción de flagelación por orden del señor Hancio Rodrigo Tepud Chalaca, Gobernador Indígena suplente, en noviembre 7 de 2012, fundamentándose en los usos y costumbres propios de esa jurisdicción especial.

1.2. La accionante explicó que en la referida fecha asistió al despacho del Cabildo, luego de ser citada por su nuera Jaqueline Pinchao Mipaz y su consuegra Ofelia Mipaz, por conflictos familiares ocurridos en 2010. Agregó que en el 2010 suscribieron un compromiso de no agresión ante el Gobernador del Cabildo, luego de unas diferencias con su hijo, su nuera y su consuegra.

1.3. Explicó que las convocantes, faltando a la verdad, manifestaron que la actora agredió a su nieto menor de edad, en presencia de su progenitora Jaqueline Pinchao Mipaz. Aclaró que no insultó o maltrató verbalmente a su nieto, por el contrario él se refirió en su contra con "palabras groseras".

1.4. La actora sostuvo que el Gobernador suplente del Cabildo, sin "pruebas fehacientes", la sancionó, asumiéndola responsable en los supuestos invocados. Agregó que uno de los Regidores expresó su desacuerdo, pues (i) desde el 2010 no se habían presentado altercados entre las partes; (ii) no existían pruebas que esclarecieran los hechos; (iii) la aquí actora es un "adulto mayor"; y (iv) las partes debían ser advertidas y solo sancionadas en un eventual desconocimiento de tales recomendaciones (f. 2 cd. inicial).

1.5. La accionante afirmó que el Gobernador suplente ordenó continuar con la sanción, aunque ella reiteró al Cabildo que no podía recibir el "fuite (latigazos)", por su delicado estado de salud, como quiera que se encontraba en un tratamiento iniciado 2 meses atrás, luego de ser hospitalizada por gastritis y "nervios", temiendo una nueva recaída.

1.6. Indicó que la sanción se cumplió, pese a que su hija Marielena Díaz y su yerno Hernán Cuasquer (f. 18 ib.) confirmaron su delicado estado de salud. Al segundo "fuetazo" perdió

el conocimiento, permaneciendo en ese estado más de 15 minutos, sin recibir asistencia médica, por lo que uno de los Regidores solicitó ayuda a los bomberos, quienes la trasladaron al Hospital Civil de Ipiales, donde permaneció hospitalizada 24 horas, pues según el médico, el stress padecido estuvo a punto de producirle una trombosis.

1.7. Solicitud ordenar al accionado, reconocer ante la Asamblea Comunitaria que desconoció los derechos fundamentales invocados, al abusar de su autoridad, “con el ánimo de dejar un precedente para que no se vuelvan a repetir dichos atropellos con ningún otro comunero del Resguardo, que se tenga en cuenta el debido proceso y que la modalidad de sanción se aplique de acuerdo a las condiciones físicas y psicológicas de las personas” (f. 3 ib.).

1.8. Junto con el escrito de la demanda, la actora allegó fotocopia de la historia clínica del Hospital Civil de Ipiales ESE (f. 6 a 13 ib.).

III. ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de noviembre 19 de 2012, el Juzgado 1º Penal Municipal de Ipiales admitió la demanda, y ordenó oficiar al “representante legal, o quien haga sus veces, del Cabildo Indígena del Resguardo de Ipiales”, para que informara si el accionado es integrante de esa organización; si ostentaba la “facultad ancestral de adelantar procesos penales en contra de los integrantes del Resguardo Indígena”; y si dentro de sus usos y costumbres se contemplan castigos físicos para “personas mayores de 60 años”.

Dispuse ordenar al accionado informar sobre las razones que motivaron el castigo impuesto a la aquí accionante, y si éste fue proporcional a la falta cometida, atendiendo su edad y condiciones físicas. Además, citó a la demandante para que ampliara su versión sobre los hechos[1].

El a quo también recibió las declaraciones de los señores María Ofelia Mipaz Pinchao (f. 32 a 34 ib.) y José Artemio Pinchao (f. 35 a 38 ib.), sobre los hechos que originaron la queja elevada contra la demandante ante el Cabildo.

2.1. Respuesta del señor Hancio Rodrigo Tepud Chalaca.

En escrito de agosto 22 de noviembre de 2012, el entonces Gobernador suplente del Cabildo de Ipiales indicó que la acción de tutela es improcedente, como quiera que la

jurisdicción ordinaria carece de competencia para conocer de un asunto propio de la jurisdicción especial indígena, relacionado con la autoridad que se ejerce sobre los comuneros, ceñida a usos y costumbres.

Explicó que la actora fue requerida en varias ocasiones por el despacho del Cabildo de Ipiales, debido a reiterados inconvenientes suscitados en conflictos familiares, entre ellos uno motivado por ultrajes y agresiones físicas sufridas por su hijo Dimas Díaz Martínez, lo que llevó a que se suscribiera en junio 19 de 2010, “acta de compromiso y respeto que deberían cumplir las partes”.

En acta de marzo 31 de 2012, la ahora accionante firmó otro compromiso de no agresión verbal o física hacia los señores José Artemio Pinchao y Luis Garzón, de forma que el Cabildo, respetando el debido proceso, la instó para que “no incurra en estas conductas con miembros de su familia o personas pertenecientes a la comunidad (sic) será sancionada de acuerdo a los usos y costumbres y a lo que el Cabildo determine en su momento, teniendo en cuenta la gravedad de la falta” (f. 22 ib.).

Explicó que el despacho del Cabildo recibió una nueva queja por los “malos procederes” de la actora, quien siguió maltratando verbal y físicamente a miembros de su familia, siendo la señora María Fany Martínez Táquez “una persona reincidente en estas conductas, no acata lo requerido por las autoridades del Cabildo... lo que hemos aconsejado sobre el respeto que debemos tener por las personas y más aún para sus propios familiares que debe vivir en paz y pacífica convivencia que de lo contrario la corporación del Cabildo de Ipiales deberá actuar de acuerdo a sus usos y costumbres por ella pertenecer a esta comunidad indígena que tiene su propia jurisdicción especial para corregir los malos procederes de sus comuneros” (f. 22 ib.).

Como la demandante en reiteradas ocasiones ha agredido a miembros de su familia, incluido su nieto menor de edad, la “corporación del Resguardo Indígena de Ipiales no puede acolitar esta clase de agresiones contra un menor de edad y más aún que pertenece a su familia y como hemos podido observar es reincidente en su actuar por consiguiente la corporación tuvo que actuar a fin de colocar coto a estos malos procederes de nuestra compañera comunera” (f. 23 ib.).

Tratándose del ejercicio del poder correccional sobre los comuneros, indicó que los

resguardos indígenas se rigen por “nuestro Derecho Mayor, nuestra Ley de Origen, nuestra Ley Natural y nuestros usos y costumbres”, los cuales se aplican a “todos nuestros comuneros que son indígenas”.

Explicó que el Resguardo Indígena de Ipiales adoptó su reglamento ancestral verbalmente, indicando quiénes se encargan de aplicar justicia, “dejando esa labor en los padres, madres y abuelos mayores de cada familia en armonía con la autoridad de la corporación del Cabildo e incluso en las autoridades tradicionales como los Taitas, ancianos y Médicos tradicionales” (íd.).

Agregó: “Las funciones de los encargados de administrar justicia serían las de ‘conocer la queja o acusación’ sea que se presente por escrito o en forma verbal ante la autoridad familiar tradicional y la mesa del Cabildo, siempre y cuando ‘éste se cometan en ambiente territorial del Resguardo correspondiente’. Las faltas pueden ser leves, graves y muy graves, la sanción corresponderá a sus usos y costumbres, dentro de las cuales se encuentra la fuiteada (azote)”.

A continuación expresó: “En este sentido, la potestad para aplicar el derecho o justicia indígena le corresponde a los pueblos o comunidades y a sus instituciones. La administración de justicia indígena se concreta en el cumplimiento efectivo de las formas propias de juzgamiento a través del cual se preserva la diversidad cultural y la autonomía de los pueblos mediante un juzgamiento por un juez natural de conformidad con su propia cultura, tradiciones y costumbres” (f. 24 ib.).

Planteó que la corporación del Cabildo de Ipiales no desconoció los derechos invocados, pues atendiendo que se trataba de una comunera reincidente, se procedió a la sanción propia de los usos y costumbres de ese pueblo indígena.

Junto con su intervención, allegó fotocopia de las actas de compromiso y respeto, suscritas en el despacho del Cabildo de Ipiales en junio 19 de 2010 y marzo 31 de 2012 (fs. 26 y 27 ib.).

2.2. Respuesta del Gobernador del Resguardo Indígena de Ipiales.

En noviembre 22 de 2012, el Gobernador Jairo Ramiro Tulcán Táquez explicó que Hancio

Rodrigo Tepud Chalaca es su suplente, por lo que en sus ausencias en las sesiones del Cabildo o en las que convoque como autoridad tradicional, está facultado para actuar en ejercicio de la jurisdicción indígena.

Explicó que el Cabildo del Resguardo ostenta la calidad de autoridad indígena, acorde con el derecho mayor y la ley de origen, siendo el competente para resolver los conflictos entre comuneros del Resguardo y sobre dicho territorio, acorde con los usos y costumbres, y con el artículo 246 de la Constitución.

Aclaró que “de acuerdo con los usos y costumbres, la corrección que aplica el Cabildo Indígena de Ipiales a quien lo amerite es de tres (3) fuetazos, o más, dependiendo de la gravedad de la falta. De igual manera, dependiendo de la situación se pueden establecer otras obligaciones para el culpable, tales como trabajo comunitario, indemnización al ofendido, y otras que se definan en la Asamblea Comunitaria” (f. 29 ib.).

Luego de explicar el procedimiento surtido cuando se presentan conflictos entre comuneros indígenas, indicó que el Cabildo tomas las decisiones correspondientes, las cuales puede adoptar de consuno con la comunidad. En caso de que el agresor incumpla lo decidido, se procede a aplicar seis (6) fuetazos o más dependiendo del asunto, y se fijan los correctivos a seguir.

Finalmente, manifestó que cuando la sanción de los fuetazos se imponga a una persona mayor de 60 años, el Cabildo debe tener en cuenta sus condiciones físicas, de salud y la gravedad de su falta, y de ser necesario ponerla en consideración de la comunidad, para que esta defina el tipo de sanción.

2.3. Sentencia de primera instancia.

En fallo de noviembre 30 de 2012, el Juzgado 1º Penal Municipal de Ipiales tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, la defensa, la integridad personal y la dignidad de la accionante y, en consecuencia, ordenó al Gobernador suplente del Cabildo Indígena de Ipiales abstenerse de imponer sanciones a los integrantes de la comunidad, cuando no exista prueba suficiente para ello y evitar ejecutarlas cuando se trate de personas mayores o enfermas, para proteger su vida, integridad y dignidad.

Explicó que aunque el Gobernador suplente del Cabildo sancionó a la actora según los usos y costumbres de la comunidad, atentó contra su dignidad al infringirle azotes, “sin una exigencia probatoria mínima”, pues acorde con la declaración de María Ofelia Mipaz Pinchao, el demandado consideró innecesario escuchar a los testigos, lo que desconoce el artículo 29 superior.

Indicó que acorde con el fallo T-617 de 2010, si bien los pueblos de Nariño tienen usos y costumbres ancestrales, es común la prohibición de la tortura y de los tratos crueles, inhumanos o degradantes, sin importar la raza. Con todo, el accionado insistió en hacer efectiva la sanción, sin considerar que se trataba de una persona enferma.

2.4. Impugnación.

El señor Hancio Rodrigo Tepud Chalaca recurrió la decisión del a quo, señalando que el juez de tutela invadió sin justificación alguna la jurisdicción especial indígena y desconoció el derecho a la diversidad étnica y cultural.

Luego de hacer referencia al ejercicio de la tutela contra providencias judiciales, indicó que la decisión adoptada por la jurisdicción indígena en el presente asunto no cae en ninguno de los supuestos de la excepcional procedencia del amparo, decantados por la jurisprudencia constitucional.

Sostuvo entonces que no se atentó contra la vida de la accionada y que esa comunidad respeta los derechos de los comuneros, por lo que censuró que el a quo planteara la práctica de medios de tortura en dicha colectividad.

2.5. Fallo de segunda instancia.

En fallo de enero 17 de 2012, el Juzgado 2º Penal del Circuito de Ipiales revocó el recurrido y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto por daño consumado, pues “la sanción que causó agravio a la actora ya ocurrió, y si en gracia de discusión se lesionaron sus derechos fundamentales al debido proceso, contradicción y defensa, eso ocurrió dentro de un procedimiento aunque especial y expedito por estar reglado en los usos y costumbres de los pueblos indígenas, pero que ya terminó sin que exista posibilidad que el juez de tutela pueda tomar una decisión frente a ello, ya sea para evitar un daño o volver las cosas al

estado inicial" (f. 63 ib.).

Con todo, aunque reiteró la orden del a quo en cuanto a que las actuaciones incluso de la jurisdicción indígena deben apegarse a los principios universales, constitucionales y legales del debido proceso, la defensa y la contradicción, aclaró "que no se puede por vía de tutela evitar que se sancionen a los miembros del Resguardo ya sean personas mayores adultos o enfermas, pues ese es un aspecto del resorte de las autoridades indígenas, quienes en caso de cometer abusos o arbitrariedades pueden ser llamados a responder judicialmente por esos actos".

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar, en Sala de Revisión, el asunto que ha llegado a su conocimiento, al tenor de lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de discusión.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si los derechos fundamentales invocados por la accionante fueron desconocidos por el Gobernador suplente del Cabildo Indígena del Resguardo de Ipiales, al imponerle como sanción un castigo físico de dos fuetazos, pese a que ella invocó ser una persona de 59 años de edad y padecer gastritis y nervios.

Para resolver la situación planteada, atendiendo lo resuelto en las instancias, la Sala se referirá primero a los presupuestos de improcedencia de la acción de tutela cuando se configura un daño consumado y se realizará un breve análisis sobre la jurisdicción especial indígena, para luego abordar el caso concreto.

Tercera. Carencia actual de objeto. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 86 de la Constitución preceptúa que toda persona puede solicitar tutela, para reclamar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares, en los casos previstos al efecto. El amparo consiste en una orden para

que el sujeto contra quien se reclame el amparo, actúe o se abstenga de hacerlo.

Empero, el Decreto 2591 de 1991, que reglamentó esta acción, prevé su improcedencia en aquellas situaciones donde la violación o amenaza de un derecho originó un “daño consumado”, exceptuándose los eventos en que la acción u omisión continúe (art. 6°-4).

Acorde con las normas referidas, esta corporación ha indicado que la acción de tutela, por regla general, tiene un carácter eminentemente preventivo y no indemnizatorio[2], pues se encamina a evitar riesgos y a superar conculcaciones contra derechos fundamentales, mediante su protección inmediata[3].

En aquellas situaciones en las cuales el daño se consumó, o cuando la presunta vulneración o riesgo se superó con la satisfacción o salvaguarda de las garantías invocadas, se presenta una sustracción de materia o carencia actual de objeto, donde ya no tiene razón ni sentido que el juez de tutela expida las órdenes que hubiere emitido si apreciare que la acción prosperaba[4].

La jurisprudencia ha precisado que la sustracción de materia por carencia de objeto, generadora de que las órdenes sean inocuas[5], difiere según el momento en el cual ha quedado resguardado o definitivamente conculado un derecho; así, si al interponerse la acción se constata que el daño estaba consumado o ya se había restablecido o protegido el derecho, aquélla se torna improcedente, habida cuenta que su finalidad es preventiva y no declarativa.

Si la satisfacción o el menoscabo acontece durante el trámite de las instancias o en sede de revisión, sobreviene la carencia actual de objeto, que hace ineficaz la tutela, al existir un hecho superado si se restableció la garantía invocada, o un daño consumado al no quedar opción de restablecimiento o defensa. Empero, aunque en esas situaciones deviene inocuo emitir una orden de protección, el juez, aparte de declarar la carencia actual de objeto, observará si es pertinente efectuar alguna prevención[6].

Esta corporación también ha expresado que, en los eventos en que se ha consumado un daño a un derecho constitucional, su pronunciamiento de fondo puede resultar conveniente y necesario, por lo menos en cuanto (i) la declaración de la violación hace parte de los derechos del afectado; (ii) el pronunciamiento de la Corte puede funcionar como garantía de

no repetición; y (iii) resulta relevante realizar pedagogía constitucional sobre la materia.

Por ello, a partir del fallo SU-540 de julio 17 de 2007, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte unificó su posición en cuanto a emitir un pronunciamiento de fondo, aunque se constate que el daño ya está consumado, pero es útil emitir órdenes de prevención a las autoridades concernidas.

Cuarta. La protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y el respeto a su jurisdicción especial[7].

4.1. La Constitución Política colombiana consagra un régimen fundado, entre otros, en el principio del pluralismo, que conlleva el reconocimiento y la protección a la diversidad étnica y cultural (art. 7º); por ello, no solo se establece que las comunidades indígenas tienen autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, sino también una autonomía política y jurídica, una de cuyas manifestaciones es la existencia de la jurisdicción especial, que se ejerce de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad indígena, siempre que no vulnere la Constitución ni la ley. Así, el artículo 246 superior dispone con mayor precisión:

“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.”

En desarrollo del citado artículo, la jurisprudencia ha reconocido 4 elementos fundamentales de la jurisdicción especial indígena[8]: (i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; (ii) su potestad de establecer normas y procedimientos propios; (iii) el respeto a la Constitución y la ley, dentro del principio de maximización de la autonomía; y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional[9].

Frente al último elemento, en la sentencia T-009 de enero 19 de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, se precisó que “la Corte ha indicado que el ejercicio de la jurisdicción indígena no queda sujeto a una ley específica que la desarrolle, pues, esa jurisdicción no puede quedar sin efecto por la circunstancia accidental de que no exista una ley que la

regule[10]”.

4.2. Adicionalmente, se puede establecer que las normas internacionales en torno a la jurisdicción especial indígena de Colombia, que hacen parte del bloque de constitucionalidad, son (i) el Convenio 169 de la OIT, artículos 8°, 9° y 10°[11]; y (ii) la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, Indígenas, artículo 18[12].

4.3. Por otra parte, el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural, que estatuye el artículo 7° de la Constitución colombiana, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación; y en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales, que gozan de igual jerarquía.

Por ende, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que el principio que rige el ejercicio de dicha jurisdicción es el de la maximización de la autonomía indígena y la minimización de las restricciones a dicha autonomía, dentro del respeto de la diversidad etno-cultural. Así, en sentencia T-349 de 1996, antes citada, se expresó:

“... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural[13], 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, solo 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."

Frente a lo anterior, se puede colegir que no toda norma constitucional o legal prevalece sobre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, pues para que una limitación a dicha situación se justifique constitucionalmente, es necesario que se funde (i) en un valor superior al de la diversidad étnica y cultural; y (ii) que la medida sea menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

4.4. Por otra parte, el artículo 246 superior, ya citado, contempla el derecho de los miembros de los pueblos indígenas a gozar de un fuero, con el correlativo derecho colectivo de la comunidad a juzgar a sus miembros.

Así, la noción de fuero indígena comporta dos elementos: (i) uno personal, el cual implica que los miembros de la comunidad sean juzgados de acuerdo a sus usos y costumbres; y (ii) otro geográfico, que justifica el juzgamiento de la respectiva comunidad por los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas.

Los anteriores criterios son los que determinan el ámbito de la jurisdicción indígena[14]. Sin embargo, para que proceda la aplicación de tal jurisdicción no es suficiente la constatación de estos dos criterios, ya que también se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, y la definición de un ámbito territorial en el cual ejerzan su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia, y la condición de que tales usos y prácticas no contraríen la Constitución ni la Ley, como anteriormente se indicó. En lo que respecta a los límites mínimos indicados, en el citado fallo T-349 de 1996 se refirió:

"A partir de las anteriores consideraciones, considera la Sala que, en síntesis, la jurisdicción indígena comporta:

- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.

- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedural.
- Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.
- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley."

Todo lo anterior, acorde con la Constitución, debería regularse por una ley, ante cuya ausencia emerge la jurisprudencia de esta corporación, con aplicación de los principios pro comunitas y de maximización de la autonomía, como ya se mencionó, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano[15].

La Corte Constitucional ha precisado que la existencia del fuero también se encuentra sujeta a la voluntad de la autoridad indígena de asumir el caso, en aras de respetar la autonomía de dicha comunidad. Sobre la verificación de los mencionados presupuestos, en el fallo T-1238 de diciembre 12 de 2004[16], M. P. Rodrigo Escobar Gil, se expresó:

"Debe existir en la comunidad una autoridad que ejerza control social y esté en capacidad de adelantar el juzgamiento conforme a usos y prácticas tradicionales. La existencia de la autoridad tradicional, es en realidad, un elemento de la configuración cultural del territorio. La Constitución habilita a las autoridades de los pueblos indígenas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial."

Ahora bien, en la apreciación de la posibilidad de ejercer dicho control social, no cabe trasladar los conceptos propios de las sociedades occidentales organizadas en el constitucionalismo liberal clásico. Ello sería desconocer la cosmovisión diferente de cada pueblo indígena. Esta apreciación ha de basarse en lo que la comunidad indígena respectiva

estime que es el ámbito de su jurisdicción y, por ello, la voluntad de sus autoridades debe ser observada.

Quinta. Análisis del caso concreto

5.1. Correspondría a esta Sala Sexta de Revisión determinar si los derechos fundamentales invocados por la actora fueron conculcados por el Gobernador suplente del Cabildo Indígena de Ipiales, al imponerle un castigo físico equivalente a dos azotes por desconocer unos compromisos de no agresión hacia sus familiares, adquiridos años atrás. Empero, en el presente asunto, la referida sanción ya fue infringida a la demandante, como efectivamente indicó el ad quem, materializándose así un daño consumado.

Con todo, resulta pertinente que la Corte analice brevemente[17] la situación planteada, pues en el presente evento el a quo, ordenó al Gobernador Suplente del Cabildo Indígena de Ipiales abstenerse de imponer sanciones a los integrantes de la comunidad, cuando no exista prueba suficiente para ello y evitar ejecutarlas si se trata de personas mayores o enfermas, para proteger su vida, integridad y dignidad; partiendo de que en su razonar, el aquí demandando desconoció el debido proceso de la actora al sancionarla sin fundamento probatorio y atentó contra su dignidad al infringirle los azotes.

Se plantea entonces una tensión entre lo resuelto por la jurisdicción nacional, en sede de tutela, y las determinaciones adoptadas por la jurisdicción especial indígena, con fundamento en sus usos y costumbres.

5.2. Partiendo de la situación planteada, se encuentra que la aquí demandante fue sancionada tras un altercado familiar, pese a que tiempo atrás (2010 y 2012) se comprometió en dos ocasiones a abstenerse de agredirse verbal o físicamente con integrantes de su grupo familiar (fs. 26 y 27 cd. inicial).

Dicha sanción fue impuesta a la demandante por (i) la autoridad propia designada por su comunidad para tales fines y (ii) acorde no solo con los procedimientos propios de sus usos y costumbres, sino de su Derecho Mayor y su Ley de Origen, dentro de un procedimiento oral ancestral, como indicaron el Gobernador del Cabildo Indígena y su suplente.

El señor Jairo Ramiro Tulcán Táquez, Gobernador del Cabildo Indígena de Ipiales, explicó al

a quo que cuando se presentan conflictos entre los comuneros, éstos para dar solución a sus problemas acuden al Cabildo, donde la parte interesada cita a su contraparte y se adelanta el siguiente procedimiento (fs. 29 y 30 ib.):

“* Se cita a las partes (agredido y presunto agresor), y a los testigos, a Asamblea Comunitaria, que se lleva a cabo los días miércoles y sábados en el Despacho del Honorable Cabildo. La citación se hace por escrito, por conducto del Regidor de la respectiva Parcialidad.

...

* En la Asamblea se da la palabra a las partes (agredido y presunto agresor), y a los testigos. De igual forma pueden intervenir los comuneros, en el marco del respeto y la cordialidad, lo cual se garantiza por parte de la Honorable Corporación del Cabildo.

* Con base en esta información, el Honorable Cabildo toma las decisiones correspondientes y dependiendo del asunto lo hacen en asocio con la comunidad.

* En caso de que el agresor incumpla con lo que se decida se procede a aplicar seis (6) fuetazos o más dependiendo de la situación y la Honorable corporación del Cabildo determina según sea el caso los correctivos a seguir.”

5.3. Tratándose de la sanción correspondiente a los fuetazos a adultos mayores, explicó que “la Honorable Corporación del Cabildo debe tener en cuenta sus condiciones físicas, de salud y la gravedad de su falta, de ser necesario colocarla en consideración ante la comunidad para que se sea ésta quien finalmente defina el tipo de sanción” (f. 30 ib.).

El señor Hancio Rodrigo Tepud Chalaca, Gobernador Suplente del Cabildo, explicó además que la sanción por fuetazos se ajusta a los usos y costumbres de su pueblo, y cuando se infringe a una mujer, corresponde a “una forma simbólica para representar el castigo”, y que en el caso de la demandante fue impuesta debido a que se trata de una persona reincidente en agresiones verbales y físicas a miembros de su familia, quien tampoco acata lo requerido o aconsejado por las autoridades del cabildo (fs. 22 a 24 ib.).

Ahora bien, esta corporación ya ha tenido la oportunidad de analizar lo relacionado con la aplicación de penas como el azote[18], o incluso el cepo[19], considerando que una

sociedad que se predica pluralista no puede pretender imponer su visión; “y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían... el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”[20].

5.4. Encuentra la Corte Constitucional que en el presente evento la autoridad reconocida por la comunidad del Resguardo Indígena de Ipiales, acorde con las normas, usos y costumbres propios ha requerido a la accionante en más de una ocasión para solicitarle convivir pacíficamente con sus familiares, al punto que la reincidencia en sus comportamientos conllevó la imposición de un correctivo acorde con las prácticas propias de la comunidad.

En ese orden, la aquí demandante, como integrante de dicho grupo humano conocía previamente los comportamientos que podrían ser objeto de censura o reproche por parte de su comunidad, y las consecuencias de desacatar los compromisos adquiridos. Con todo, se abstuvo de cumplirlos en forma reiterada, siendo sancionada dentro del marco propio de los usos, costumbres y demás normas que rigen ancestralmente a su colectividad.

5.5. En síntesis, acorde con la protección y el respeto que el Estado debe brindar a la identidad étnica y a la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, no solo debe reconocerse la diversidad étnica, cultural y la autonomía jurídica que le son propias, sino materializar dos principios de raigambre constitucional, a saber, el de maximización de la autonomía y minimización de las restricciones.

Siendo ello así, la jurisdicción nacional, incluidos los jueces de tutela deben respetar los espacios y asuntos que han sido asumidos por la jurisdicción especial indígena, respectando así un valor constitucional como el de la diversidad étnica y cultural, evitando asumir decisiones que resulten gravosas para la autonomía que le es propia a dichas agrupaciones, siempre que las autoridades de aquéllas se ajusten a la Constitución y a la ley, en lo que respecta a derechos fundamentales que son del consenso intercultural[21].

5.6. Acorde con todo lo consignado, la Sala confirmará el fallo dictado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales en enero 17 de 2013, que revocó el proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de esa ciudad, que había tutelado los derechos invocados por la señora María Fany Martínez Táquez, para en su lugar, declarar improcedente el

referido amparo.

5.7. Con todo, se instará al Gobernador del Cabildo Indígena de Ipiales, o a quien haga sus veces, para que mediante los usos y costumbre propios de esa comunidad, invite a la señora María Fany Martínez Táquez y a los miembros de su familia a solucionar pacíficamente los conflictos que se vienen suscitando, guardando el respeto debido que debe existir entre ellos, y cumpliendo los compromisos de no agresión física o verbal adquiridos.

5.8. Igualmente, se ordenará a la señora María Fany Martínez Táquez acatar las recomendaciones y los compromisos asumidos ante el Cabildo Indígena de Ipiales, abstenerse de agredir física y verbalmente a los integrantes de su familia, y procurar una sana convivencia.

V.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el fallo de enero 17 de 2013, proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales, mediante el cual se revocó el dictado en noviembre 30 de 2012 por el Juzgado Primero Penal Municipal de esa ciudad, y en su lugar declaró improcedente el amparo elevado por la señora María Fany Martínez Táquez contra Hancio Rodrigo Tepud Chalaca, Gobernador suplente del Cabildo Indígena de Ipiales.

Segundo.- Con todo, INSTAR al Gobernador del Cabildo Indígena de Ipiales, o a quien haga sus veces, para que mediante los usos y costumbre propios de esa comunidad, invite a la señora María Fany Martínez Táquez y a los miembros de su familia a solucionar pacíficamente los conflictos que se vienen suscitando, guardando el respeto debido que debe existir entre ellos y cumpliendo los compromisos de no agresión física o verbal adquiridos.

Tercero.- ORDENAR a la señora María Fany Martínez Táquez acatar las recomendaciones y los compromisos asumidos ante el Cabildo Indígena de Ipiales, abstenerse de agredir física

y verbalmente a los integrantes de su familia, y procurar una sana convivencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] En noviembre 20 de 2012, el a quo recibió declaración de la accionante (fs. 17 a 19 ib.).

[2] Cfr. T-083 de febrero 11 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[3] Cfr. T-943 de diciembre 16 de 2009, M. P. Mauricio González Cuervo.

[4] Cfr. T-659 de agosto 15 de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

[5] Cfr. T-083 de 2010, ya referida.

[6] Cfr. T-083 de febrero 11 de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[7] En esta ocasión la Corte recordará, entre otros pronunciamientos, el contenido en el fallo T-364 de mayo 9 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, donde se amparó el derecho al

debido proceso de un miembro del resguardo Yanakona, condenado penalmente por la jurisdicción nacional por un delito de homicidio, cuya actuación se anuló, para en su lugar ordenar que, dentro del marco de sus atribuciones, la autoridad indígena competente asumiera el conocimiento de los supuestos fácticos objeto de sanción.

[8] Acerca de la jurisdicción indígena también pueden consultarse, entre otras, las sentencias (i) T-254 de mayo 30 de 1994, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, donde la Corte tuteló la decisión de una comunidad indígena, que ordenó expulsar a uno de sus integrantes, junto con su familia, privándolos además de la parcela en la que tenían sus cultivos, por haber él cometido un hurto. La Corte indicó que no se configuraba la pena de destierro, pero sí la de confiscación, afectándose además los derechos de la familia, o sea, de personas ajenas a la comisión de la conducta a sancionar. (ii) T-349 de agosto 8 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte resolvió consultar a la comunidad Embera-chamí, para que ésta determinara si asumía el juzgamiento de unos indígenas que presuntamente habían asesinado a otro integrante de esa población. (iii) T-496 de septiembre 26 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte estudió las competencias entre la jurisdicción Páez y la jurisdicción nacional, que había condenado penalmente a uno de sus integrantes por un delito de homicidio. (iv) T-514 de julio 30 de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, se analizó la existencia de un Tribunal Superior Indígena en Tolima, instaurado por el Consejo Regional Indígena que agrupa a varios cabildos de ese departamento. (v) T-617 de agosto 5 de 2010, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, donde la Corte amparó los derechos constitucionales a la autonomía jurisdiccional de la comunidad de Túquerres y al debido proceso, en la dimensión del juez natural del actor, y en consecuencia, ordenó a la jurisdicción nacional remitir a esa comunidad el conocimiento de una presunta conducta de acceso carnal violento cometido por uno de sus integrantes en la humanidad de una menor de catorce años. (vi) T-812 de octubre 27 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, donde se estudió el caso de un menor de edad alumno del Colegio Renacer Páez del Resguardo Indígena de Pitayó, que fue sometido al escarnio público y a golpes con látigo por el cabildo de la parcialidad, pese a que previamente ya había sido sancionado con la suspensión de clases mediante resolución expedida por la entidad educativa.

[9] En fallo C-139 de abril 9 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz, se indicó que “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 la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.” Ver también las sentencias T-349 de agosto 8 de 1996, ya citada; T-030 de enero 25 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz; T-728 de septiembre 5 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-811 de agosto 27 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño, entre otras.

[10] “Sentencia T-344 de 1998 MP: Alfredo Beltrán Sierra. En el caso conocido por la Corte el tutelante alegaba pertenecer a la comunidad indígena ‘Chenche Agua Fría’, ‘Tortaco Dinde’, asentada en el municipio de Coyaima (Tolima), en 1980 se le inició investigación por el delito de homicidio y en 1993 fue condenado por la justicia ordinaria a la pena de 9 años de prisión. En 1998 fue capturado. El tutelante, quien se encontraba recluido instauró acción de tutela pues considera que por su calidad de miembro de la comunidad indígena ‘Tortaco Dinde’, y en aplicación del artículo 246 de la Constitución, según el cual ‘las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial’, su juzgamiento no podía producirse por autoridad distinta a la constituida al interior de su comunidad. Por tanto, considera que la sentencia condenatoria proferida por el juzgado acusado, desconoce sus derechos fundamentales al debido proceso (artículo 29 de la Constitución) y a la igualdad (artículo 13 de la Constitución), toda vez que el juez natural llamado a juzgarlo era el cabildo y no un juez de la República. La Corte concluyó que en el caso no se había violado el derecho al debido proceso toda vez que durante el proceso nunca se alegó la calidad de indígena para que fuera procesado por dicha jurisdicción. La Corte dijo ‘conforme al artículo 246 de la Constitución Política, el Estado Colombiano reconoce y respeta la jurisdicción indígena, en virtud de la cual se acepta la existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, así como la potestad de las comunidades de esta índole para establecer normas y procedimientos propios, adoptar decisiones de carácter imperativo conforme a ellas, siempre y cuando no se quebranten principios mínimos elementales para garantizar el debido proceso, pero sin que ello signifique que pueda aceptarse que se invoque la pertenencia a una comunidad indígena luego de surtido un proceso e impuesta una pena, como subterfugio para eludir el cumplimiento de ésta, o, lo que resulta más grave, para pretender la nulidad de un proceso válidamente adelantado por la jurisdicción del Estado’.”

[11] El artículo 8º dispone: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. 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. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.” El artículo 9º señala: “1. 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. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.” Y el artículo 10º indica: “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

[12] “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.”

[13] “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.”

[14] Cfr. T-344 de 1998, ya referida.

[15] En la sentencia T-552 de julio 10 de 2003, M. P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte atendió un caso en el que el Gobernador del Resguardo Indígena de Caquiona (de la etnia Yanacona), del municipio de Almaguer, Cauca consideraba que el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, había violado los derechos al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, cuando al dirimir un conflicto de competencias en el proceso que se seguía contra Iván Majin Quinayas, por delitos de porte ilegal de armas y homicidio en la persona de Álvaro Quinayas Quinayas, lo adjudicó a la jurisdicción ordinaria, pues a pesar de que el sindicado era indígena, el delito se había cometido contra otro indígena y en el territorio de la comunidad, “el Cabildo que reclama la jurisdicción no tiene unas normas que describan como ilícita la conducta que se le imputa al sindicado, ni tiene previsto un procedimiento para la investigación de los hechos y para el juzgamiento de los autores, ni definidas las penas que cabría aplicarles. Por tal razón no es posible determinar... si el ordenamiento indígena que resultaría aplicable es contrario o no a la Constitución, a diferentes normas internacionales y a la ley penal.” Esta Corte consideró que dicha decisión constituía una vía de hecho, por indebida aplicación de la ley.

[17] Acorde con el artículo 35 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, las decisiones de revisión que confirmen el fallo analizado, podrán ser brevemente justificadas.

[18] T-523 de octubre 15 de 1997, M. P. Carlos Gaviria Díaz. En esa providencia la Corte tuvo ocasión para analizar lo relacionado con la sanción mediante el azote, propia de la cultura Páez, encontrando que no constituía tortura, ni un trato cruel e inhumano

[19] T-349 de 1996, ya referida.

[20] T-523 de 1997, ya citada En ese fallo la Corte analizó lo relacionado con la sanción mediante el azote, propia de la cultura Páez, encontrando que no constituía tortura, ni un trato cruel e inhumano.

[21] T-812 de 2011, ya referida.