

Sentencia T-523/12

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES DE AUTORIDADES DE COMUNIDADES INDIGENAS- Inexistencia de otro medio de defensa judicial

Ha explicado la Corte que ello es así por cuanto las comunidades y pueblos indígenas, a través de sus autoridades propias, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social"; es decir, los miembros de las comunidades indígenas ordinariamente se encuentran frente a sus autoridades propias en situación de subordinación y especial sujeción. También ha tenido en cuenta la Corte que frente a las decisiones adoptadas por las autoridades propias de una comunidad o pueblo indígena, los afectados carecen de mecanismos efectivos de protección o instancias superiores a las cuales recurrir, así como de medios ordinarios de defensa judicial para controvertir los actos que consideren lesivos de sus derechos fundamentales. Por lo tanto, al considerar que los miembros de las comunidades o pueblos indígenas se encuentran en situación de indefensión frente a las decisiones de las autoridades propias proferidas en ejercicio de su autonomía y poderes jurisdiccionales, la Corte Constitucional ha considerado que dentro de los límites que demanda el respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación, la acción de tutela resulta de ordinario procedente para infirmar las decisiones de las autoridades indígenas.

AUTONOMIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Concepto

JURISDICCION INDIGENA-Principios

JUEZ CONSTITUCIONAL-Análisis de procesos que adoptan decisiones que afectan a comunidades indígenas

La autonomía de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su jurisdicción especial no tienen el efecto de blindar las actuaciones de las autoridades indígenas frente al control del juez constitucional, pues la Constitución Política, que es la que reconoce el derecho a la jurisdicción propia, traza claros límites que deben ser respetados en cada caso individual. Según lo ha explicado claramente esta Corte, "la atribución constitucional confiada a las autoridades de los pueblos indígenas, consistente en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, debe interpretarse de conformidad con la Constitución y la ley". Ello

resulta no sólo del mandato constitucional expreso en este sentido, sino también del hecho de que las decisiones de las autoridades indígenas tienen la naturaleza de decisiones judiciales, y en tal medida están sujetas al ordenamiento jurídico trazado por la Carta Política y la ley. También esta Corte ha dicho que el juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia.

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Aspectos que determinan la competencia

La Corte reitero que para garantizar que, en presencia de una comunidad indígena con autoridades, usos, costumbres y procedimientos definidos, el ejercicio de la autonomía indígena tenga plena eficacia, aún en ausencia de una ley de coordinación , y teniendo presente que la subordinación de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe entenderse de forma concordante con los límites y alcances del derecho fundamental a la autonomía de los pueblos originarios, y explicó que la jurisdicción de las autoridades ancestrales indígenas se activa con base en cuatro criterios: el factor personal o subjetivo, el factor territorial, el factor orgánico o institucional, y el factor objetivo. La Corte precisó que estos factores de competencia deben ser aplicados en forma concurrente en cada caso: “resulta oportuno señalar que estos criterios se encuentran íntimamente relacionados y que, en cada caso, el juez debe efectuar una evaluación que los involucre a todos, pues dejar de lado el análisis de uno de los elementos descritos puede llevar a decisiones que vulneren la autonomía de las comunidades indígenas, o le den un alcance susceptible de afectar los derechos de los miembros de la comunidad y de las víctimas de una conducta punible.

PROCESOS DE RECONSTRUCCION ETNICA O DE REAFIRMACION IDENTITARIA INDIGENA, Y RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCION PROPIA

Para la jurisprudencia constitucional, ni las situaciones de debilidad o pérdida cultural, ni el desarrollo de procesos de reconstitución étnica o reafirmación de la identidad indígena, constituyen obstáculos para el reconocimiento del derecho a la jurisdicción propia en cabeza

del pueblo indígena correspondiente. En otras palabras, tanto aquellos pueblos indígenas o tribales que cuenten con una estructura sociocultural sólida y mantengan viva y preservada su cultura ancestral, como aquellos pueblos que estén desarrollando procesos de reconstitución de su identidad indígena o de recuperación de su cultura propia, tienen un derecho constitucionalmente protegido a ejercer su justicia propia a través de sus autoridades tradicionales.

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y OTROS PRINCIPIOS Y DERECHOS CONSTITUCIONALES-Criterios para resolver tensiones

JURISDICCION INDIGENA ESPECIAL-Límites/LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA GOBERNADOR Y VICEGOBERNADOR DEL CABILDO INDIGENA DE CRISTIANIA-Caso en el que dos miembros de comunidad indígena se encuentran privados de la libertad

Referencia: expediente T-2587412

Acción de tutela instaurada por José Iván Cértiga Vélez, a nombre de Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga Tascón, contra Aquileo Yagarí -Gobernador del Cabildo Indígena de Cristianía- y Danilo Vaquiaza -Vicegobernador del Cabildo Indígena de Cristianía-.

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., seis (6) de julio de dos mil doce (2012).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Adriana María Guillén Arango (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la sentencia del 8 de febrero de 2010, proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jardín (Antioquia), que decidió sobre la acción de tutela instaurada

por José Iván Cértiga Vélez a nombre de Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga Tascón contra Aquileo Yagarí -Gobernador del Cabildo Indígena de Cristianía- y Danilo Vaquiaza - Vicegobernador del Cabildo Indígena de Cristianía-.

La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Tres, mediante auto del 26 de marzo de 2010, correspondiendo a la Sala Primera de Revisión su conocimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela y contestación.

1.1. Hechos relatados por el demandante.

El señor José Iván Cértiga Vélez, miembro del pueblo indígena Embera Chamí e integrante de la comunidad de Cristianía, en el resguardo indígena de Cristianía del municipio de Jardín (Antioquia), interpuso acción de tutela el 25 de enero de 2010 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Jardín, en representación de su hijo Vicente de Jesús Cértiga y de Rafael Cértiga Tascón, en contra de los señores Aquileo Yagarí, Gobernador del Cabildo Indígena de Cristianía, y Danilo Vaquiaza, Vicegobernador del mismo Cabildo Indígena, por considerar que éstos con sus actuaciones habían violado los derechos a la libertad personal, el debido proceso y la igualdad de sus representados.

En la demanda se hace una narración sintética de los hechos, en los siguientes términos:

“PRIMERO: Pertenezco a la Comunidad Indígena de Cristianía. Hoy hace 8 días, es decir el día 15 de enero de 2010 estando en la oficina del Cabildo Indígena, hablando sobre un problema diferente, el Vicegobernador le preguntó a mi hijo si él había dicho que iba a realizar panfletos en contra de Aquileo, a lo que mi hijo respondió que el señor Rafael Cértiga Tascón sí le había hecho la propuesta y él había dicho que sí, pero como yo lo había regañado, él había desistido de realizar tal acción.

SEGUNDO: En esa misma discusión el Vicegobernador le dijo que iría 3 años a la cárcel de Andes, y al yo preguntarle basado en qué lo estaba castigando y condenando me contestó que basado en el Código Penal, pero yo le contesté que debía basarse en la Ley Indígena, a lo que contestó que ese castigo no estaba en dicha Ley.

TERCERO: El Vicegobernador procedió a castigar a mi hijo y a Rafael Cértiga sin mediar ninguna conciliación, ni investigación, como lo prescribe el 'Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía' cuando sean problemas o casos leves o medianos, serán solucionados por el Cabildo, y cuando sean situaciones o casos graves por el Consejo de Conciliación y Justicia. Además no lo castigó conforme al Sistema de Justicia de la Comunidad de Cristianía, sino conforme a disposiciones que no nos son aplicables a los indígenas y sin ninguna oportunidad para defenderse.

CUARTO: Tanto Rafael Cértiga como mi hijo Vicente de Jesús Cértiga, no merecen estar en la cárcel, pues no han sido castigados por el Consejo de conciliación y de Justicia, sino por una decisión amañada del Vicegobernador."

A continuación el actor recuerda la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la aplicación del fuero indígena, y específicamente sobre el balance entre la maximización de la autonomía indígena y los límites impuestos por los derechos fundamentales a las actuaciones de las autoridades tradicionales, así como sobre la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección de dichos derechos en casos de transgresión. Invocando lo resuelto en la sentencia T-349 de 1996, el actor afirma:

"se tiene presente que las autoridades indígenas han desconocido estos derechos fundamentales en el caso de mi hijo pues lo detuvieron y condenaron sin las más mínimas garantías de defensa, en tanto no tuvieron en cuenta los procedimientos propios de cada juicio dentro de la comunidad indígena a la que pertenecemos, por lo que a la luz de la Jurisprudencia antes citada debe prosperar el presente amparo de tutela".

El actor solicita en consecuencia que se protejan los derechos consagrados en los artículos 13, 28 y 29 de la Constitución Política, y formula la siguiente petición:

1.2. Pruebas aportadas por el demandante.

El actor adjuntó a su demanda de tutela copia de las siguientes pruebas:

1.2.1. Cédula de ciudadanía suya y de su hijo Vicente de Jesús Cértiga.

1.2.2. Registro civil de nacimiento de su hijo Vicente de Jesús Cértiga.

1.2.3. Documento titulado “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, con el membrete del Resguardo Indígena de Cristianía. El texto completo de este documento se transcribe en el Anexo I de la presente sentencia.

1.2.4. Documento titulado “Dachi Código (Nuestra Ley) 2004”, con el membrete del Resguardo Indígena de Cristianía. El texto completo de este documento se transcribe en el Anexo I de la presente sentencia.

1.3. Contestación de las autoridades indígenas demandadas

Mediante escrito del 27 de enero de 2010, el Gobernador y el Vicegobernador del Cabildo Indígena de Cristianía dieron respuesta a la acción de tutela de la referencia, describiendo su versión de los hechos en los términos siguientes:

“1. El día 4 de enero de 2.010, la Junta Directiva del Cabildo tuvo lugar de reunir para trazar acciones del año 2.010, en esta reunión participaron los señores José Iván Cértiga Vélez y su hijo Reinaldo, los dos solicitaron al Cabildo que permitieran en el orden del día un punto para hacer de conocer sobre algo grave que se está presentando. En el desarrollo del punto correspondiente el señor José Iván Cértiga comenzó a decir: es muy preocupante que viene ocurriendo en la comunidad con los jaibanás (médico tradicional) las acusaciones de jaibanás malo, soy víctima de ese tipo de acusación por los demás médicos tradicionales; por eso, hay una ruptura con mi propia familia Cértiga Tascón (primos), el señor Jorge Cértiga Tascón, hermano de José Rafael, padece un problema de salud que no han podido curar; por tal motivo el señor Rafael me mantiene amenazando de muerte y él porta un arma de fuego para atentar contra alguien, el 1º de enero de 2.010, uno de sus hermanos, Pedro Nel Cértiga Tascón, vino a mi casa en busca con el fin de accionar contra mi vida con armas blancas, mi hijo Reinaldo lo desquitó las armas blancas (machete y cuchillo).

El señor Reinaldo tomó la palabra y dice: todos conocemos que el señor Rafael Cértiga Tascón tiene un problema con nuestra autoridad del Cabildo, porque la Comunidad y el Cabildo prohibieron el expendio de licor dentro del resguardo y tampoco dejaron construir el establecimiento que se requería para tal fin, ahora quieren desahogar con nosotros acusándonos que somos jaibanás malo, que mantenemos maleficiando al hermano Jorge,

ante todos ustedes señores Junta Directiva del Cabildo, voy a decir los siguientes: el señor José Rafael Cértiga Tascón, en el mes de junio del año pasado (2.009) planeó y contrató un criminal kapuria (no indígena) para acabar con la vida del señor Gobernador del Cabildo Angel Aquileo Yagarí Vélez, de esto lo conocemos y estamos bien informados, oportunamente en este mes de junio, el Cabildo capturó y sentenció al señor Braulio Carupia por instigación a delinquir a miembros de la comunidad; por tal motivo no pudieron realizar el plan que tenían previsto porque el kapuría asesino contratado se dio de cuenta y se abstuvo, pero el kapuria sí venía pidiendo la plata para realizar el trabajo.

Escuchadas las versiones por la Junta Directiva del Cabildo de los señores Iván Cértiga y su hijo Reinaldo, la autoridad indígena consideró en separar el caso en dos: primero la acusación de jaibaná malo a Iván y Reinaldo por la salud de Jorge Cértiga, llevar un procedimiento aparte, y segundo investigar sobre el plan de atentado que tenía Rafael; para tal procedimiento se convocó ampliamente a los líderes de la comunidad y se citó a José Rafael Cértiga Tascón y sus hermanos para el día 8 de enero de 2010. En este día presentaron las familias de Iván y de Rafael, se llevó a cabo la audiencia pública ante los líderes de la comunidad en el local de la Asociación de las mujeres con una asistencia de 43 personas (ver Acta y planilla de asistencia), el señor Vicegobernador del Cabildo, inicia con las siguientes indagaciones al señor Vicente de Jesús Cértiga Vélez.

PREGUNTA: ¿es cierto que el señor José Rafael Cértiga Tascón, tenía planes de accionar en contra de la integridad del señor Gobernador Aquileo? RESPUESTA: en una tarde Rafael llegó a la casa en donde vivimos, a decirnos que él tenía un plan, que con la plata de la compra del local había contratado a un Kapuria asesino, y que si fuera posible que se sumaran a ese plan; pero a nosotros no le prestamos tanto la atención a la propuesta que nos ofrecía. Después me di cuenta se había caído el plan porque capturaron al señor Braulio Carupia por un mismo plan que tenía para accionar en contra de unos compañeros indígenas.

El vicegobernador vuelve a indagar al señor Vicente de Jesús, PREGUNTA: es cierto que usted tiene una escopeta? RESPUESTA: sí, tengo una escopeta calibre 20, pero no lo tengo aquí, y si es un problema por eso yo la entrego.

El Consejo de Conciliación y Justicia determinaron en detener a los señores Rafael y Vicente para determinar la situación jurídica. El día 12 de enero de 2010, el Consejo de Conciliación y

Justicia hacen el análisis y concluyen: los señores Vicente de Jesús Cértiga Vélez y José Rafael Cértiga Tascón, incurrieron en un delito de concierto para delinquir; por eso se procede la decisión de condenar a 36 meses con rebaja de 12 meses, es decir estarían absuelto en 24 meses (ver decisión del Consejo).

No es como lo afirma el señor José Iván Cértiga Vélez, él no menciona la narración completa y con precisión del caso y el procedimiento que se llevó por el Consejo de Conciliación y Justicia.

2. La decisión no la tomó solo el Vicegobernador, sino el Consejo de Conciliación y Justicia; además el señor Iván no compareció ante el despacho para saber y estar orientado sobre la decisión del Consejo de Conciliación y Justicia, es falso de lo que está afirmando.

3. La Justicia Indígena es la que llevó a proceder el castigo a los señores Vicente de Jesús y José Rafael por intento de hechos punibles, en el mundo occidental es el delito de concierto a delinquir, sí hubo investigaciones y como parte de ella es la confesión y reconocimiento del delito en la audiencia ante los líderes que representan los diferentes programas de la comunidad.”

Adicionalmente precisan las autoridades indígenas demandadas que en lo últimos 26 años, han ocurrido 17 hechos violentos cometidos por los miembros del resguardo indígena de Cristianía, de los cuales 7 han sido castigados; y prosiguen así su relato sobre la situación de los peticionarios:

“(…) Para el Consejo de conciliación y Justicia es grave sobre los procedimientos intencionales que tuvieron nuestros hermanos indígenas en contra de nuestras autoridades.

El mes de junio de 2.009, el Cabildo en coordinación de la CTI capturamos a un individuo no indígena con lista en mano para asesinar a varios compañeros indígenas, este sujeto suministra la información que un indígena de la comunidad fue quien entregó esa lista y esta persona está purgando la condena en la cárcel a 60 meses con rebaja a 15 meses, es decir recuperaría la libertad en 45 meses. Por este tipo de procedimiento fue que se fracasó el plan del señor José Rafael Cértiga y de Vicente Cértiga, de lo contrario el gobernador del Cabildo o algunos miembros del Cabildo iban a ser víctimas de este hecho.

José Iván Cértiga Vélez y su hijo Reinaldo tenían conocimientos de informaciones sobre el plan para atentar contra del Gobernador, y que nunca informaron a tiempo, manejaron de reserva entre ellos mismo. (sic) La Justicia indígena hace análisis que las familias Iván y Rafael, recaen en una responsabilidad de encubrimiento, haciendo parte de cómplice y copartícipe.

El día 20 de noviembre, en la tienda comunitaria del Resguardo encontraron un panfleto con las siguientes: (sic) Aquileo estamos cansados de usted, de su gente, de sus mentiras, de sus arbitrariedades y de su falta de capacidad para resolver los problemas de la comunidad. Usted en este momento es parte de ese problema y no la solución que muchos esperamos. Le solicitamos que renuncie cuanto antes y se vaya de la comunidad, no le vamos a poner plazo, el plazo lo pone usted de acuerdo a lo que estima la integridad y vida de sus familiares. No juegue con la vida de sus seres queridos. Estamos atentos en cada momento y papaya partida, paya comida (ver el panfleto escrito en letra mayúscula). Este caso se llevó ante la Fiscalía de Andes (ver formato).”

Por último, afirmando que el ejercicio de la jurisdicción indígena es un derecho, y que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el fuero indígena sólo puede ser limitado por una disposición constitucional o legal fundada en un principio que tenga un valor superior al valor constitucional de la diversidad étnica y cultural, los demandados solicitan al Juez que deniegue la acción de tutela de la referencia.

1.4. Pruebas aportadas por la parte demandada

El Gobernador y el Vicegobernador del Cabildo de Cristianía adjuntaron a su escrito de contestación de la demanda las pruebas documentales que se reseñan a continuación.

1.4.1. Acta No. 01 de la reunión de la junta del Cabildo del Resguardo Indígena de Cristianía, realizada el 4 de enero de 2010 en el lugar denominado “sede de las Mujeres”. En el acta constan los siguientes datos relevantes:

“Se dio inicio a la reunión de la junta del cabildo a las 9:00 AM con una participación de 20 personas adultas. (...)

En otro tema el señor Iván Certiga expuso su problema con la familia del señor Rafael

Certiga, que lo han estado amenazando constantemente, por el problema del jai que le ha puesto a su hermano Jorge y me culpan a mí y eso es mentira, yo a ese señor no le he hecho nada lo que no me gusta es que cuando el señor Rafael cuando está borracho me amenaza, me culpa y me dice que me matará, pero en sano juicio no me dice nada.

Al respecto del señor Reinaldo Certiga, quien es el hijo del señor Iván dice: la familia de Rafael también es nuestra familia por lo cual no queremos tener problemas con ellos, esta familia nos ha venido amenazando desde la semana pasada cuando vino el señor Pedro Nel Certiga hermano de Rafael, llegó a la casa de mi papá y le decomisamos un machete, un cuchillo y su gorra y llegó preguntando por mi papá, si yo no le hubiera visto esas armas este señor hubiera procedido en contra de mi padre.

Es la verdad y siquiera lo sostengo, nosotros no somos como el señor Rafael, que el año pasado, estaba buscando a un kapuria para que viniera a matar al gobernador del cabildo Aquileo Yagarí, suponemos que los panfletos dirigidos hacia el señor gobernador es obra del señor Rafael; yo sé que por contarle esta historia vamos a tener problemas con esta familia, les pido el favor de colaborarnos para solucionar esta situación.

Aquileo dice: es muy grave lo que usted nos acaba de comunicar, este plan que han hecho en contra de mi vida y pido justicia a esta situación. Rafael perdió las tutelas por vía judicial y nosotros ganamos por que actuamos con verdad y no con mentiras. Al respecto los señores líderes manifestaron que este caso es muy delicado y grave si sabían eso por qué no contaron antes, muchas personas planean de esta manera en contra de la vida de otro y conociéndolas los tapan, eso es muy feo, eso hay que resolverlo rápidamente, es muy delicado hay que convocar una audiencia para el día 8 de enero en donde los señores Rafael y Vicente comparezcan.”

Esta Acta aparece firmada por la Secretaria del Cabildo, Paula Andrea Tascón, y el Secretario del Consejo de Justicia, Rigoberto Aguilar.

“Tema: Audiencia de los señores Vicente Cértiga Vélez y Rafael Cértiga Tascón.

Hora: 2:00 PM

En el comienzo de la reunión el señor Danilo Vaquiaza, comenzó a exponer la problemática

del señor Rafael Certiga.

Aquileo Yagarí: esta situación es muy complicada y muchos por estos casos se han perdido la vida en la historia de Cristianía. Hemos recibidos panfletos y la junta del cabildo ha sentido persecuciones, la verdad el cabildo es una institución legal por esta razón nosotros acudimos a la alcaldía y a otras instituciones para que nos den accesoria. (sic)

El caso del panfleto es una situación que yo lo quería dejar ahí y como una sorpresa nos dieron esta noticia de que el señor Rafael tenía malas intenciones en contra mía o cualquier miembro del Cabildo.

El caso del jai lo puede resolver el concejo de conciliación, pero lo otro lo tenemos que solucionar entre todos. Pido una comisión carente, (sic) si no hay eso entonces cerremos este caso, yo no tengo rencor contra la familia del señor Rafael Certiga, no sé si es verdad si usted andaba haciendo ese plan de intencional contra la Autoridad. (sic)

Danilo Vaquiaza: vamos a regular este caso sin herir a nadie, calmadamente, reconociéndolo sin negar.

Luego procede a llamar al señor Vicente Certiga y dice usted jura decir la verdad a todas las preguntas realizadas según lo que usted sabe, luego le PREGUNTA: ¿Es cierto que el señor José Rafael Cértiga Tascón tenía planes de accionar en contra de la integridad del señor Gobernador Aquileo? RESPUESTA: Vicente - en una tarde llegó Rafael a la casa en donde vivimos a que él tenía un plan que con la plata de la compra del local había contratado a un Kapunia asesino y que si fuera posible que se sumaran a ese plan; pero nosotros no le prestamos tanta atención a la propuesta que nos ofrecía, después me di cuenta que se había caído el plan porque capturaron al señor Braulio Carupia por un mismo plan que tenía para accionar en contra de unos compañeros indígenas.

Vicegobernador PREGUNTA: Rafael es cierto eso? RESPUESTA: eso es mentiras. Dice Vicente, Rafael no niegue eso es verdad. Seguidamente dice Rafael; bueno así como usted dice de mí también voy a decir lo suyo, la verdad yo sí tuve ese plan pero recuerde Vicente que usted también una vez me propuso que accionáramos en contra del Gobernador o del vicegobernador Amado o algunos de los miembros del Cabildo y más me dijo usted tiene con qué y yo tengo una escopeta hagámoslo con eso y más hagamos un panfleto en nombre de

las águilas negras para asustarlos más.

PREGUNTA Vicegobernador: Vicente usted tiene esa escopeta? RESPUESTA Sí, tengo una escopeta calibre 20 y si es problema por eso yo lo entrego pero no lo tengo aquí. PREGUNTA Rafael qué clase de arma tiene? RESPUESTA El tenía un tenía un revólver (sic) de 6 tiros calibre 38. PREGUNTA Vicegobernador: Rafael usted adonde tiene esa arma. RESPUESTA yo si lo tuve pero hace cuatro años; pero ya lo vendí.

Vicente el tal vez es con eso es que mantiene amenazando a nosotros, (sic) el día 24 de diciembre comenzó la amenaza contra papá, eso fue en la casa de la señora Clementina y nos dijo que éramos brujos, que si a Jorge le pasaba algo, que él era capaz de liquidar a Iván; si a mi papá le hubiera matado en noviembre del año pasado.

Rafael: eso lo que la gente está diciendo es con rabia por el caso del jai.

Este señor Vicente también me había hecho planes para hacer panfletos o ir hasta la casa de Aquileo con una escopeta de coca que él tiene y lo que ellos dicen de diciembre es mentira.

Danilo: eso tiene ley, planear contra la vida de una persona, ustedes están incurriendo en ese caso.

Reinaldo Certiga: la amenaza a mí papá viene desde hace mucho tiempo, a ese kapuria le pagaron \$1'000.000 de pesos y de la amenaza a mi papá sabe Augusto y Rafael.

Augusto: ese kapuria es de Piamonte y se llama Alex Carvajal, ese señor dijo que le habían hecho una propuesta y que por esto le pagaban primero 500.000 pesos y luego otros 500.000 y esa persona es de apellido Carupia.

Gloria: nunca Aquileo nos ha dado malos ejemplos, cuando tenemos problemas él nos reúne a toda la comunidad para solucionar los problemas. El cabildo es una Institución Gubernamental.

Apolinar: estas dos familias tenían el plan de que si bajaban a Iván ellos también bajaban al gobernador, compañeros esta es una situación muy grave.

Gladis: que los otros cabildantes sigan los pasos de Aquileo y de Pedro Pablo, que han sido

los buenos cabildantes el control del trago.

Apolinar nos mencionó que sabía quién escribió el panfleto, que nos diga quién fue.

Danilo: el caso de Rafael y Vicente queda hasta el lunes detenido en el calabozo de la comunidad, mientras hacen el análisis y decisión jurídica.

Se dio fin a la reunión de líderes hacia las 4:30 PM, en la cual asistieron 43 personas.”

A esta Acta se adjuntó copia de la lista de asistencia a esta reunión, con las firmas de 43 personas.

1.4.3. Comunicación dirigida por el Consejo de Conciliación y Justicia del Resguardo de Cristianía a la Procuradora Provincial de Andes (Antioquia) el 12 de enero de 2010, en los siguientes términos:

“De manera muy comedidamente le solicitamos para que se digne en colaborar y acompañarnos con su accesoria profesional (sic) desde su despacho esto con el objetivo de efectuar los trámites para el encarcelamiento del señor VICENTE DE JESUS CERTIGA VELEZ 39 años, nacido el 01/06/1970, identificado con la cédula de ciudadanía número 15.530.652 expedido en el municipio de Andes Ant.

El mencionado fue condenado a 36 meses de prisión con el 25% de rebaja, según su comportamiento por el delito de Concierto para delinquir Artículo 340 modificado artículo 8º Ley 733 de 2002 del nuevo código penal y de procedimiento penal. De acuerdo con la ley 21 sobre el derecho humano de los artículos 9, 10 y 11. Y cumpliendo con la ley de 1890 y el artículo 246 de la Nueva Constitución Política de Colombia de 1991.”

1.4.4. Copia de una comunicación idéntica a la que se acaba de reseñar, dirigida a la Procuradora Provincial de Andes, en relación con el señor José Rafael Cértiga Tascón.

1.4.5. Comunicación dirigida por el Consejo de Conciliación y Justicia del Resguardo de Cristianía al Director del IPMSC de Andes (Antioquia) el 12 de enero de 2010, en los siguientes términos:

“Respetado mayor el presente oficio es para solicitar comedidamente recibir en este instituto

nacional penitenciario y carcelario INPEC, al indígena VICENTE DE JESUS CERTIGA VELEZ 39 años nacido el 01/06/1970 identificado con la cédula de ciudadanía número 15.530.652 expedido en el municipio de Andes Ant. Estado civil unión libre. Hijo de Iván Cértiga y María Otilia Vélez natural y perteneciente al resguardo indígena de Cristianía.

El consejo de conciliación y justicia en calidad de autoridad legítima posesionado ante la Alcaldía Municipal de Jardín como junta directiva del cabildo tomamos la decisión e condenar a 36 meses de prisión con el 25% de rebaja en la pena de acuerdo con la ley 21 sobre el derecho humano de los artículos 9, 10 y 22. Y cumpliendo con la ley de 1890 y el artículo 246 de la Nueva Constitución Política de Colombia de 1991 de igual forma la decisión fue de trasladar a la cárcel del INPEC ubicada en el municipio de Andes, al señor mencionado se le condena por el delito de Concierto para Delinquir.”

1.4.6. Copia de una comunicación idéntica a la que se acaba de reseñar, dirigida al Director del IPMSC de Andes (Antioquia), en relación con el señor José Rafael Cértiga Tascón.

1.4.7. Copia de un mensaje anónimo, impreso en un computador, con el siguiente texto:

“AQUILEO:

ESTAMOS CANSADOS DE USTED, DE SU GENTE, DE SUS MENTIRAS, DE SUS ARBITRARIEDADES Y DE SU FALTA DE CAPACIDAD PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE LA COMUNIDAD.

USTED EN ESTE MOMENTO ES PARTE DE ESE PROBLEMA Y NO LA SOLUCION QUE MUCHOS ESPERAMOS.

LE SOLICITAMOS QUE RENUNCIE CUANTO ANTES Y SE VAYA DE LA COMUNIDAD, NO LE VAMOS A PONER PLAZO, EL PLAZO LO PONE USTED DE ACUERDO A LO QUE ESTIMA LA INTGTEGRIDAD Y VIDA DE SUS FAMILIARES.

NO JUEGUE CON LA VIDA DE SUS SERES QUERIDOS. ESTAMOS ATENTOS EN CADA MOMENTO Y PAPAYA PARTIDA, PAYA COMIDA.” (sic)

1.4.6. Copia de la denuncia penal interpuesta ante la Fiscalía General de la Nación – Unidad Local CTI Andes el 30 de noviembre de 2009 por Angel Aquileo Yagarí en contra de José

Rafael Cértiga Tascón, por el presunto delito de amenazas. El relato de los hechos efectuado en dicha denuncia es el siguiente:

“El día 30 de noviembre de 2009, siendo las 15:38, se hace presente el señor Yagarí Vélez Angel Aquileo identificado con cédula de ciudadanía No. 15.531.243 de Jardín Antioquia para denunciar amenazas contra su vida y la familia. Que han sido divulgadas por el señor José Rafael Cértiga Tascón, Antonio Vaquieza Panchi, Jorge Alirio Parqueza Carupia, María Cruzana Certica Tascón y Blanca Lucía Certica Tascón.

2 de febrero de 2008 en la asamblea general toma la medida de control, bebida y venta de licor en el cual la mayoría de los espendodres (sic) acatan mientras que José Rafael Certica desacata y procede instaurar la acción de tutela con el objeto de vulnerabilidad (sic) de derechos de trabajo, los jueces de primera y segunda instancias niegan la tutela y garantizan el derecho colectivo del pueblo indígena Embera Chaimi de Cristianía. El señor José Rafael Cértiga Tascón siguió desacatando hasta que hasta el inicio de 2009 se procede de adquirir el kiosco o el local para la institución educativa cuyo valor fue cancelado por la suma de siete millones quinientos mil (7.500.000), con este dinero adquiere un terreno al lado de un local de propiedad de Luis Adolfo Tascón González en donde en este sitio llevan tres hechos punibles por eso el cabildo en pleno decide de prohibir la compra y construcción y además los predios de un resguardo es inalienable impresquitable (sic) e imbargable (sic) según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo adoptada por la Ley 21 de 1991 y consagrado en la Constitución Política de 1991, sin tener en cuenta estas horientación (sic) el señor José Rafael Cértiga Tascón, procede ante la Procuraduría Providencial (sic) de Andes y el Personero Municipal de Jardín en el cual estas instancias ratifican el concepto jurídico favorable al Cabildo, sin embargo instaura una nueva tutela y los jueces de primera y segunda instancia niegan y favorecen la decisión de la autoridad indígena. Como se encuentra desfavorecido (sic) el instrumento jurídico arremete con un panfleto que se encuentra en la tienda comunitaria por Norela Yagarí Yagarí en las horas de la mañana y toro panfleto (sic) en el local el a Asociación de Mujeres por el consejero de justicia Rigoberto Aguilar. A los señores Antonio Bauienza y Jorge Alirio Vaqueza Tarupia (sic) están diferente por el procedimiento del cabildo (sic) y ellos hacen parte de favorecer al señor José Rafael Cértiga Tascón además esta personas sus viviendas se ubican muy cerca a los dos locales mencionados. Las dos hermanas Cruzana Certica Tascón y Blanca Lucía Certica Tascón han tenido reputaciones agresivas ante la Asamblea General en contra del líderes y liderezas (sic)

que acompañan y respaldan la medida tomada por la comunidad y su autoridad. Para mayor claridad existen pruebas sobre procedimiento en el establecimiento del cabildo. No más siendo doy por terminado la presente denuncia. Pregunta: usted Gobernador desde que salió esta ley de prohibición del licor y sustancias psicoactivas cuantas amenazas indirectas ha tenido y si sabe quién se las argumentaba. Contestó: en fecha de 13 de julio de 2008 el señor José Rafael Cértiga Tascón en estado de embriaguez me insultó con palabras sueces (sic) y provocándome que actuaría algo contra la integridad física, por tal razón fue capturado y llevado al calabozo del comando de Policía de Jardín y sancionado en el calabozo del resguardo. Las hermanas Cruzana y Blanca Lucía van a mi habitación con carácter de dialogar formalmente y salen con palabras ofensivas dicienme (sic) la señora Cruzana que yo no sabía quién era ella con quién trataba en la ciudad de Medellín. El día 27 de junio de 2009 el señor Jorge Cértiga Tascón hermano de José Rafael Cértiga Tascón amenaza diciendo: que porqué andaba tan precavido que yo era un perro H.P. (sic) y que procedía en las buenas o en las malas. Eso son los asuntos que han pasado como afuera de esto.”

1.4.7. Copia del documento instructivo de medidas de autoprotección entregado por el Comandante de Policía de la Estación de Jardín a Angel Aquileo Yagarí Vélez el 30 de noviembre de 2009.

2. Decisión de primera y única instancia, adoptada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jardín (Antioquia).

Mediante sentencia proferida el 8 de febrero de 2010, el Juzgado Promiscuo Municipal de Jardín (Antioquia) resolvió denegar la acción de tutela de la referencia, por considerar que el actor contaba con otro medio de defensa judicial, a saber, el recurso de Hábeas Corpus, para ventilar su pretensión de que se pusiera en libertad a Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga.

El fallo no fue impugnado.

3. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

Mediante Auto del 12 de mayo de 2010, la Magistrada Ponente resolvió solicitar la práctica de distintas pruebas relativas al caso bajo revisión, consistentes en los conceptos especializados de distintas entidades académicas, gubernamentales y no gubernamentales

sobre el sistema de justicia propia del pueblo indígena Embera-Chamí del resguardo de Cristianía. Específicamente, se solicitó el concepto del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia, la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia, el Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes, la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la Organización Indígena de Antioquia (OIA), y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

También solicitó la Corte, en el mismo Auto, (1) que se suministraran copias del proceso a los señores Vicente de Jesús Cértiga Vélez y José Rafael Cértiga Tascón, entonces internados en la cárcel del INPEC de Andes (Antioquia), para que éstos informasen a través del INPEC si prestaban su consentimiento para la interposición de la tutela de la referencia en su nombre, y proveyeran su versión de los hechos; (2) que se oficiara al Vicegobernador del Cabildo Indígena de Cristianía para que informara a la Corte distintos aspectos sobre el sistema penal propio y su aplicación a los señores Cértiga Vélez y Cértiga Tascón; y (3) que se suministraran copias del proceso al Director del establecimiento penitenciario y carcelario EPMSCAND Andes, vinculado al INPEC, del municipio de Andes, para que informara a la Corte cuál había sido el fundamento normativo en el que se había basado para conducir a la cárcel de Andes a los señores Cértiga Vélez y Cértiga Tascón.

Posteriormente, mediante auto del 14 de julio de 2010, la Magistrada Ponente dispuso que se le suministraran copias del proceso a la Procuraduría Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Etnicos, para que ésta informara si el Ministerio Público tenía conocimiento de asuntos similares al presente, y cuál había sido el trámite interno que se les había dado en la respectiva comunidad indígena.

La Corte Constitucional recibió respuestas de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia, de la Organización Nacional Indígena de Colombia, del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, y del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia. Por su extensión e importancia, el contenido de las respuestas de estas instituciones se reseña en su integridad en el Anexo II de la presente sentencia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones legales pertinentes.

2. Recuento de los hechos relevantes para resolver la acción de tutela bajo revisión.

Dado que tanto la demanda de tutela como la contestación de las autoridades indígenas de Cristianía contienen relatos parciales de los hechos que dieron lugar al presente proceso, como primera medida la Corte se detendrá a hacer un recuento claro y preciso de lo ocurrido, con base en una apreciación integral de las pruebas que obran en el expediente, y teniendo en cuenta el contexto étnico y comunitario más amplio dentro del cual se insertaron tanto el procedimiento punitivo adelantado contra Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga como la pena privativa de la libertad que les fue impuesta por el Consejo de Conciliación y Justicia del resguardo.

2.1. El procesamiento y condena de Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga por las autoridades indígenas de Cristianía.

2.1.1. Son miembros de la comunidad indígena Embera-Chamí de Cristianía: el señor José Iván Cértiga Vélez, su hijo Vicente de Jesús Cértiga Vélez, y el señor Rafael Cértiga Tascón - primo de los dos primeros-. El gobernador del cabildo del Resguardo de Cristianía, para la fecha de los hechos, era el señor Aquileo Yagarí, y el Vicegobernador era Danilo Vaquiaza.

2.1.2. Entre los miembros de la familia Cértiga Vélez y los miembros de la familia Cértiga Tascón se generó un conflicto, por motivo de acusaciones de jaibanismo (prácticas espirituales ancestrales del pueblo Embera-Chamí). En desarrollo de este conflicto se han presentado amenazas de violencia, específicamente dirigidas por Rafael Cértiga contra José Iván Cértiga, a quien acusa de practicar hechicería (“jai malo”) en contra de otro familiar.

2.1.3. El 4 de enero de 2010 se realizó una reunión de la junta directiva del cabildo del resguardo de Cristianía; esta junta está constituida por líderes de la comunidad. Allí el Sr. José Iván Cértiga y su hijo Reinaldo Cértiga denunciaron el conflicto familiar suscitado por las

acusaciones de hechicería que Rafael Cértiga había dirigido contra José Iván, refirieron las amenazas que el primero había proferido en contra del segundo, y narraron la intención de atentar contra José Iván realizada por el hermano de Rafael, el cual habría sido desarmado por José Iván y Reinaldo.

Acto seguido, en la reunión Reinaldo denunció que Rafael Cértiga en 2009 había planeado matar al gobernador Aquileo, habiendo buscado a un sicario no indígena; y denunció que ciertos panfletos que se habían encontrado amenazando al gobernador debían ser obra de Rafael Cértiga.

Según se informa en la contestación a la acción de tutela, en ese momento la Junta Directiva resolvió dividir el caso en dos procedimientos separados: uno relativo a la acusación de “jai malo” dirigida contra Iván y Reinaldo, por los problemas de salud de su pariente; y otro relativo al supuesto plan de Rafael de atentar contra el gobernador de la comunidad.

Por la gravedad de las acusaciones relativas al atentado contra el gobernador Aquileo, y teniendo en cuenta los antecedentes de conflictividad de Rafael Cértiga contra las autoridades del resguardo, los líderes de la junta coincidieron en que la información era grave, y convocaron una audiencia para el 8 de enero con el objeto de escuchar a Rafael y a sus familiares, incluyendo su hijo Vicente.

2.1.4. El 8 de enero de 2010 se realizó la reunión de los líderes de la comunidad, con asistencia de 43 personas, con el objetivo de escuchar las declaraciones de las familias de José Iván Cértiga y Rafael Cértiga en relación con las denuncias presentadas contra éste último sobre un plan para atentar contra el Gobernador.

Según consta en el Acta correspondiente, al iniciar la reunión el Gobernador Aquileo contextualizó el tema de las amenazas a los líderes y los panfletos intimidatorios en la historia de Cristianía, describiéndoles como factores que habían causado muertes y persecución al interior de la comunidad. Por ello pidió que el caso se solucionara entre todos, y solicitó que se conformara una comisión; precisó que si no se conformaba esta Comisión, él prefería que se cerrara el caso, porque no guardaba rencor contra la familia de Rafael Cértiga; luego de lo cual le preguntó a éste si sí era cierto que había tenido ese plan.

Luego el Vicegobernador inició los interrogatorios con el de Vicente de Jesús Cértiga, quien

refirió que Rafael Cértiga les había propuesto a él y a su hermano contratar a un asesino no indígena para atentar contra el Gobernador Aquileo Yagarí.

A continuación se le preguntó a Rafael Cértiga si eso era cierto. Rafael al principio dijo que no lo era; pero increpado por Vicente de Jesús Cértiga, contestó: “bueno así como usted dice de mí también voy a decir lo suyo, la verdad yo sí tuve ese plan pero recuerde Vicente que usted también una vez me propuso que accionáramos en contra del Gobernador o del vicegobernador Amado o algunos de los miembros del cabildo y más me dijo usted tiene con qué y yo tengo una escopeta hagámoslo con eso y más hagamos un panfleto en nombre de las águilas negras para asustarlos más”.

Según consta en el acta, Vicente no desmintió ni contestó a esta acusación pública. Acto seguido el vicegobernador le preguntó a Vicente si él tenía esa escopeta, y éste respondió: “Sí, tengo una escopeta calibre 20 y si es problema por eso yo lo entrego pero no lo tengo aquí” (sic). Luego el Vicegobernador le preguntó a Vicente sobre el tipo de arma que tenía Rafael, y Vicente respondió que un revólver calibre 38. Interrogado por el Vicegobernador, Rafael respondió que sí había tenido ese revolver, pero lo había vendido.

Intervino de nuevo Vicente de Jesús para afirmar que era tal vez con ese revólver con el que Rafael los tenía amenazados, y refirió otro incidente de amenazas en su contra en diciembre. Entonces Rafael afirmó: “Eso lo que la gente está diciendo es con rabia por el caso del jai. Este señor Vicente también me había hecho planes para hacer panfletos o ir hasta la casa de Aquileo con una escopeta de coca que él tiene y lo que ellos dicen de diciembre es mentira”.

Posteriormente intervinieron otros miembros de la comunidad que estaban presentes, y al cierre de la reunión el vicegobernador anunció: “el caso de Rafael y Vicente queda hasta el lunes detenido en el calabozo de la comunidad, mientras hacen el análisis y decisión jurídica”.

2.1.5. En el curso de los cuatro días siguientes, el Consejo de Conciliación y Justicia decidió condenar a Vicente y Rafael. No hay constancia en el expediente de la reunión en la que se adoptó esta decisión, ni de su contenido. Hay copia de las remisiones de ambos a la Cárcel del municipio de Andes, en la que se explicaba por las autoridades indígenas que el Consejo de Conciliación les había condenado a 36 meses de prisión, con el 25% de rebaja, por el

delito de concierto para delinquir. En las comunicaciones dirigidas por las autoridades de Cristianía a la Procuradora Provincial de Andes y al Director del IPMSC de Andes, se invoca como sustento legal de la condena el Art. 340 del Código Penal modificado por la Ley 733 de 2002, así como la Ley 89 de 1890 y el artículo 246 de la Constitución.

2.1.6. Fue contra esta decisión que el señor José Iván Cértiga Vélez interpuso la acción de tutela de la referencia.

2.1.7. Según consta en el expediente, los señores Vicente de Jesús Cértiga y José Rafael Cértiga estuvieron privados de su libertad durante 6 meses, luego de lo cual por disposición de las autoridades indígenas fueron liberados. Así lo informó a la Corte el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia, cuyos profesionales constataron la presencia de los señores Vicente y Rafael Cértiga en el resguardo al momento de realizar la visita para responder a la solicitud probatoria de la Corte.

2.2. El proceso inconcluso de fortalecimiento, formalización y codificación del sistema jurídico propio de la comunidad indígena de Cristianía.

2.2.1. La comunidad indígena de Cristianía adelanta, desde 1998, un proceso de fortalecimiento de la justicia propia; una parte central de este proceso es la iniciativa de sistematización y codificación de las normas tradicionales Embera-Chamí, proceso que se emprendió a iniciativa de las autoridades indígenas pero ha sido discontinuo. A este proceso se le ha denominado por algunos miembros de la comunidad como “Constituyente Embera”.

2.2.2. La primera iniciativa para este proceso fue tomada por el Gobernador de 1998 con la ayuda de un grupo de abogados no indígenas; el resultado fue la primera versión del “Dachi” o Código. El proceso se suspendió con el cambio de Gobernador, y luego se retomó en 2003, con la participación de los distintos Estamentos del resguardo en mesas de trabajo; el resultado fue una adición al Código, el “Dachi” de 2004.

2.2.3. Este proceso de codificación, que es de alta complejidad, se suspendió desde 2007. Según explica a la Corte el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, “lo que se viene haciendo en el resguardo desde el año 2007, es que el Cabildo en pleno, expide resoluciones de carácter normativo, que van encaminadas a poner fin a una acción en

específico, que esté afectando a la comunidad en general”.

La codificación es, así, un proceso incompleto; el Dachi no es un esfuerzo acabado, ni refleja en su totalidad el sistema jurídico ancestral de la comunidad Embera-Chamí de Cristianía. Según se explica en el dictamen del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia, “el proceso de construcción de instituciones jurídicas propias, [en especial el] proceso de la ‘constituyente embera’, (...) se trata de un proceso aún no culminado, en el que se entrecruzan diversos modelos de racionalidad jurídica (casuista - codificada), existe una alta dependencia respecto del derecho estatal, una problemática relación con la escritura, así como un conflicto no resuelto entre los miembros de la comunidad acerca de cómo organizar su sistema de justicia”.

2.2.4. El Consejo de Conciliación y Justicia del resguardo de Cristianía fue constituido en 1998 como producto del proceso de la “Constituyente Embera” al que se viene haciendo referencia. Según explica el ICANH a la Corte,

“La conformación del Consejo de Conciliación y Justicia del resguardo de Cristianía fue el resultado de la ‘Constituyente Embera’ realizada en varias fases, entre 1998 y 2001. Esta buscó mejorar la convivencia al interior del territorio y hacer frente a los problemas de violencia, carencia de tierra y deterioro de los recursos naturales que enfrenta el resguardo y el cabildo. La constituyente también buscó la creación de un sistema de administración de justicia adecuado a las condiciones de gobernabilidad del resguardo, es decir, que desarrollara las facultades jurisdiccionales de la comunidad indígena de Cristianía mediante la incorporación de elementos de los anteriores sistemas de control social y la superación de los problemas presentados mientras la administración de justicia fue ejercida por los cabildos. En general, se ha procurado la apropiación de procedimientos e instrumentos de la justicia ordinaria y el apoyo de sus diferentes entidades y dependencias (de investigación, carcelarias...) para ejercer su jurisdicción. Por ello es muy importante señalar que la justicia Embera del resguardo de Cristianía es un sistema que no pretende aislarse de la justicia ordinaria, sino coordinar sus acciones y lenguajes con ella, estando en permanente construcción (...)”.

2.2.5. El dictamen técnico-antropológico provisto a la Corte por el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia contiene un excelente análisis sobre este

proceso de fortalecimiento de la justicia propia en Cristianía, y resalta aspectos clave del mismo tales como la incorporación del derecho no indígena, su coexistencia problemática con los sistemas ancestrales de administración de justicia basados en los liderazgos familiares, su carácter inacabado, y demás rasgos relevantes para la resolución del caso bajo estudio. Los siguientes extractos de este pulido dictamen resultan particularmente útiles por ser ilustrativos de la situación de hecho que ha sido puesta en conocimiento del juez constitucional, por lo cual se transcriben in extenso a continuación, ya que como se verá, proporcionan elementos de juicio que resultan determinantes para la decisión que habrá de adoptar la Corte en el caso presente:

“El reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena trajo consigo un aumento de las funciones de control social interno a cargo de los cabildos. Durante la década del 90 se pondrán en marcha diversos procesos orientados a fortalecer las instituciones de justicia propia y a establecer mecanismos de coordinación con la justicia ordinaria. En el caso de Cristianía se destaca el proyecto denominado ‘Constituyente Embera’, realizado entre 1998 y 2001, el cual generó un amplio espacio de reflexión y participación de la comunidad en el diseño de sus instituciones de justicia, cuyos resultados en buena medida han definido el rumbo actual del proceso de construcción de derecho propio en Cristianía.

Este proyecto, financiado con recursos de cooperación internacional, contó con la participación de las autoridades del cabildo, los grupos organizados existentes al interior de la comunidad, y de los abogados Luis Javier Caicedo y María del Pilar Valencia, en calidad de asesores externos. Como señala esta última, ‘de acuerdo con la concepción originaria de quienes formularon el proyecto se esperaba que al final del trabajo se definiera una especie de código o constitución indígena que regulara la vida comunitaria. Sin embargo, al iniciar el proceso, en consenso con el cabildo y los líderes, se le dio un nuevo enfoque que apuntara más bien al establecimiento de un sistema de administración de justicia apropiado para las circunstancias actuales de la comunidad’ (Valencia, 2002: 122).

En la primera fase del trabajo se hizo un recuento de las formas tradicionales de administración de justicia y la implementación de mecanismos que en algunos casos habían funcionado o se venían aplicando. Asimismo, se llevó a cabo un diagnóstico de los principales problemas que se presentan en la comunidad, los cuales se clasificaron en varios grupos: problemas familiares; territorio y ambiente; jaibanismo y maleficio; gobierno y

administración; control social y delitos. En cada grupo se identificaron los casos pendientes de resolución, definiendo que a la hora de plantear propuestas se partiría de analizar la solución que debería darse a cada uno de estos casos, la cual serviría de referencia para decidir conflictos futuros (OIA, 2001:13 y s).

Por otra parte, tras analizar la experiencia de ejercicio de jurisdicción por parte del cabildo se concluyó que las funciones de gestión ocupaban mucho tiempo, lo que llevaba a descuidar el ejercicio de funciones de control social interno. Asimismo, se puso de manifiesto las limitaciones del cabildo para impartir justicia en casos que involucraban a sus parientes o a integrantes de parentelas rivales y la pérdida de autoridad de los ancianos y jaibanás en la toma de decisiones relativas al control social interno (Valencia, 2002:122).

Con el fin de superar estas falencias se acordó la creación de un nuevo órgano, el Consejo de Conciliación y Justicia, integrado por el Vicegobernador del Cabildo y cuatro consejeros elegidos por la asamblea de la comunidad para períodos de un año. Los consejeros 'deben ser personas de ética, (ser reservados en sus asuntos), tener actitud neutral frente a sus familias, un mínimo de preparación académica y no tener antecedentes'¹. En principio se estableció que el Consejo de Conciliación y Justicia asumiría el conocimiento y sanción de las faltas graves, dejando el juzgamiento de las faltas leves y medianas en manos del Cabildo, quien ejercería esta función a través de uno de sus miembros, el Vicegobernador, quien además de participar también como integrante del Consejo de Conciliación y Justicia, es la autoridad encargada de manejar las relaciones con los centros carcelarios.

Cabe señalar que este nuevo órgano se vio abocado a iniciar sus labores al momento mismo de ser creado. Apenas iniciada la fase de diagnóstico del proceso constituyente embera, tuvo lugar una especie de 'emergencia judicial' en Cristianía, originada en el envío de cerca de 22 expedientes remitidos desde la jurisdicción ordinaria a las autoridades indígenas, a raíz de la reciente anulación en la justicia ordinaria de algunos procesos bajo el argumento de que su trámite correspondía a la jurisdicción indígena. Tal circunstancia tuvo importantes consecuencias en el desarrollo del proceso constituyente embera: por un lado, impuso cambios importantes en la metodología de trabajo, pues 'sin agotar suficientemente la fase de diagnóstico tuvo que adelantarse en forma paralela la formulación de propuestas (prevista como fase final), para definir una instancia que iniciara la investigación y toma de decisiones en relación con los asuntos más urgentes, en especial los que tenían preso. Los casos fueron

resueltos por el Consejo de Conciliación, algunos por acuerdos entre las partes y actas de compromiso y en otros se han impuesto sanciones' (OIA, 2001:23 y s). Por otra parte, la coincidencia entre el proceso de reflexión de la comunidad sobre el diseño de sus instituciones de justicia y la creación simultánea de espacios de coordinación entre las autoridades indígenas y de la justicia ordinaria se verá reflejada en los resultados del proceso constituyente embera y en el desarrollo posterior de sus instituciones de justicia, en particular en la alta dependencia de instituciones, categorías y autoridades del derecho estatal.

Los resultados de este proceso se plasmaron en dos documentos, que fueron aportados por el accionante en la presente acción de tutela: el 'Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía' y el 'Dachi Código'. En el primero se establecen las funciones de control social a cargo del Cabildo, el Consejo de Conciliación y Justicia, la Asamblea General; se definen algunos aspectos del procedimiento, tales como la conciliación, la detención preventiva, el derecho de defensa y las circunstancias en las que el procesado puede acudir a la acción de tutela; asimismo se establecen las sanciones a imponer en caso de que no sea posible la conciliación.

El 'Dachi Código', por su parte, representa un intento de codificar y predeterminar la sanción aplicable a cada uno de los problemas de la comunidad que fueron identificados en el proceso constituyente embera y clasificados en cinco grandes grupos: problemas familiares; territorio y ambiente; jaibanismo y maleficio; gobierno y administración; sociales.

Sin embargo, sería equivocado atribuir a estos documentos un significado equivalente al que se confiere a las normas penales sustantivas y de procedimiento que forman parte del derecho ordinario. Estas últimas adquieren sentido en el marco de un modelo de racionalidad codificada, heredado de la Ilustración, conforme al cual el derecho es concebido como un conjunto de normas preexistentes, que tipifica de manera precisa, bajo la forma de normas universales, las conductas constitutivas de falta y las sanciones a imponer. Desde esta perspectiva, una decisión justificada es aquella que se fundamenta en la aplicación de aquellas normas. La escritura ocupa un lugar de primer orden en ese modelo de racionalidad, porque es la que permite positivizar la norma, esto es, objetivarla, y darla a conocer a sus destinatarios. Por eso, de acuerdo con este modelo de racionalidad, conocer el derecho vigente en una sociedad equivale a identificar los textos que codifican ese conjunto de

normas preexistentes.

Al anterior cabría oponer un modelo de racionalidad tradicional, de base casuista y consuetudinaria, conforme al cual el derecho no es concebido como un conjunto de normas escritas, universales y preexistentes, sino como la respuesta a la pregunta por lo justo aquí y ahora; el derecho es creado a partir de la decisión de cada caso concreto. Desde esta perspectiva, una decisión estará justificada no porque aplique normas preexistentes sino porque ofrezca una respuesta adecuada a las circunstancias particulares que rodean el caso sometido a juicio; respuesta que podrá variar de un caso a otro, así ambos presenten características similares. De ahí que el recurso a la escritura ocupe en este modelo de racionalidad un papel bien diferente del que ostenta en el modelo codificador, porque en modo alguno representa la positivización de normas que luego serán aplicadas bajo la forma de precedentes, dado que, de acuerdo con este modelo, cada caso representa un escenario singular para la creación de la norma que servirá para decidirlo. En consecuencia, en un modelo de racionalidad semejante, para conocer el derecho de una sociedad no basta conocer sus textos. Se requiere adoptar una metodología casuista, que permita conocer el modo en que son tramitados los conflictos, tratando, en lo posible, de indagar por las circunstancias específicas de cada caso e identificar los patrones de decisión que permitan conferir sentido a la práctica de control social en el contexto en que se desarrolla. Es preciso, además, evitar la tentación de dar a tales conclusiones un alcance más amplio del que tienen, pues ellas sólo expresarán la interpretación de un conjunto limitado de casos, que captura un momento y un fragmento de una realidad en permanente construcción, que se transforma con la decisión de cada nuevo caso.

En la tarea de proponer un marco de interpretación del proceso de construcción de instituciones de derecho propio que adelanta la comunidad embera de Cristianía, y teniendo en cuenta la información de la que dispusimos para elaborar el presente dictamen, es posible advertir una tensión no resuelta entre los dos modelos de racionalidad antes identificados. Tensión que se expresa en el proceso mismo de la 'constituyente embera', en los testimonios y observaciones registrados en el trabajo de campo, y en los argumentos esgrimidos por los actores que intervienen en la presente acción de tutela. Tensión que no logra resolverse debido a las dificultades que enfrenta cada uno de los modelos para hacerse efectivo, pero además porque cada uno de ellos responde a las contrapuestas demandas de legitimidad que, tanto los propios habitantes de Cristianía, como las autoridades de la justicia ordinaria,

formulan a la jurisdicción indígena.

En efecto, el proceso de construcción y fortalecimiento de instituciones propias de control social que comienza en Cristianía a partir de la reconfiguración del cabildo en 1976, y que recibe un impulso decisivo en 1998 con el proceso constituyente embera y la asunción de los procesos otrora tramitados por la jurisdicción ordinaria, debe hacer frente, por un lado, a la necesidad de consolidar el ejercicio del control social en instituciones de reciente creación (como lo son el Cabildo, el Consejo de Conciliación y Justicia y la propia Asamblea Comunitaria), que logren trascender e imponerse sobre grupos familiares acostumbrados a resolver sus diferencias a través de acuerdos entre parentelas, cuando no a través de acusaciones de jai malo o venganzas de sangre. Pero a la vez deben comenzar a implementar procedimientos y a decidir sobre asuntos respecto de los cuales no contaban con un cuerpo de tradición sobre el cual apoyarse, dado que hasta entonces el ejercicio de control social había estado casi por completo en manos 'kapunías'.

Para hacer frente a esta tarea, se han adoptado herramientas e instituciones de la justicia ordinaria que participan del modelo de racionalidad codificada al que antes se hizo alusión. Así se aprecia, entre otros, en el recurso a la escritura para elaborar reglamentos, documentos de compraventa, actas en las que se deja constancia de algunas actuaciones procesales, oficios en los que se ordena la puesta en prisión o la libertad de un detenido; en el empleo de las normas de la ley penal 'kapunía' para fundamentar la imposición de sanciones; en la incorporación y regulación de la acción de tutela como un mecanismo para garantizar los derechos de defensa y debido proceso.

Si bien la incorporación de algunos de estos elementos se explica por la necesidad de adaptarse a exigencias de coordinación impuestas por la jurisdicción ordinaria, el uso de la escritura también responde a demandas de racionalidad y legitimidad formuladas por los propios miembros de la comunidad de Cristianía. Un ejemplo paradigmático de estas demandas se encuentra en el testimonio de don Amado Carupia, ex gobernador de Cristianía y uno de los principales promotores del proyecto de 'constituyente embera'. En una entrevista realizada con ocasión de este dictamen, don Amado nos contó sus experiencias en el proceso de construcción de la jurisdicción indígena en Cristianía y expresó algunas críticas sobre la actual gestión del Cabildo². Al preguntarle sobre los resultados del proceso de constituyente embera contestó:

‘Se hizo una cartillita, pero no se clasificaron los delitos y no se dijo cuánto se sancionaba. Yo me retiré en 1999 y supe que la gente que continuó intentó hacer un código, pero quedó empezado. Uno de los elementos vitales para corregir los asuntos es terminar de sacar un código en base a cada delito, para que la Asamblea lo apruebe. Para que así los que vayan a juzgar no cometan errores, porque todo está escrito. Ese es un elemento vital’.

‘Cuando se dio la creación del Consejo dijimos: respetamos ese camino en manos de los más viejos, pero la Constitución de 1991 exigió que los que iban a participar de la justicia indígena tienen que ser los más preparados. La constitución de 1991 cambia el panorama nacional jurídico y aplica esas exigencias. Lo que se venía trabajando era de acuerdo a su leal saber y entender, pero sin conocimiento jurídico. Deben hacer parte personas más conocedoras de la legislación nacional’.

La tensión entre ambos modelos de racionalidad, codificada y tradicional, y la decidida prevalencia que don Amado confiere al primero, se confirma en el siguiente fragmento de su entrevista:

‘A comienzos del año anterior la Defensoría del Pueblo en cabeza de Isaac Echeverry entraron a la comunidad para preparar a los líderes y decirles cómo deberían juzgar según la ley del Estado. Fue un trabajo muy bonito, pero los rechazaron porque esas cuestiones de afuera no les servían, tenían que ser en base a pensamiento de la comunidad’.

Al expresar sus críticas frente al ejercicio de justicia por parte de los miembros del actual Consejo de Conciliación y Justicia, don Amado señala que:

‘La mayoría de ellos no son conocedores de las partes legales del Estado frente a estos delitos. No practican lectura, sino que cada uno dice lo que se le viene en mente. Hay casos que condenan según la constitución; otros según lo que a ellos se les ocurra. En otros casos los mezclan. Cuando los sancionan de acuerdo a lo que se les ocurre están mal sancionados, hay que sancionarlos según una ley’.

Finalmente, esta concepción del documento escrito como encarnación de la ley, se aprecia en la vinculación que establece don Amado entre el expediente como materialización del debido proceso. Al referirse al proceso seguido contra su hermano Braulio Carupia y contra Egidio Yagarí nos contó que:

‘Por orden de Sergio Guzmán de Defensoría se elaboraron las cartas solicitando copias de los debidos procesos, pero no se las han entregado. El paquete completo, que se llama el debido proceso, yo estoy seguro de que no existe’³.

Y tiene razón don Amado al suponer que no existe un expediente completo de las actuaciones seguidas en el proceso adelantado contra su hermano, como tampoco existe constancia escrita de la mayoría de las actuaciones adelantadas por las autoridades de justicia de Cristianía, incluidas algunas de las decisiones adoptadas en el proceso sancionatorio que origina la presente acción de tutela. Ello se explica como resultado de la ambigua relación con la escritura que mantienen los habitantes de Cristianía, pues por un lado participan del fetichismo de la ley escrita, pero a la vez enfrentan especiales dificultades para valerse de la escritura, debido a que muchos de sus habitantes (especialmente los mayores) piensan y hablan en lengua embera, así como a los altos índices de analfabetismo existentes en la comunidad⁴.

Así lo explica don Aquileo Yagarí, gobernador de Cristianía, cuando señala que:

‘Los indígenas tenemos un método novedoso porque algunos de nuestros miembros carecemos de lecto-escritura y comprensión de lectura. Algunos tienen una noción de lecto-escritura, los que tienen que ver con contratación o con artículos judiciales, con normatividad indígena’.

‘Nosotros hacemos Asambleas donde se manejan desde el concepto oral. Muchas veces hacemos reunión y no levantamos acta. Pero más que los papeles está la palabra y los ideales. En el consejo hay mayores que no saben leer y escribir. Edilberto Tascón fue mi primer vicegobernador y no sabía leer ni escribir. Una vez alguien pidió una copia del expediente y él enrolló esa solicitud con otros papeles y se los metió en la pretina del pantalón. Lo cogió un vendaval y el papel se mojó, entonces lo tiró por un cafetal. Luego vino una tutela porque ese expediente no se mandó.

Lo normal es no tomar apunte porque mucha gente viene y hace las quejas en lengua. Entonces es muy natural que no quede nota de las quejas⁵.

Muchas veces uno va por el camino y la gente le dice al funcionario que lo cite.

Es muy normal si es que escribimos o no escribimos. A veces la gente va a la casa de uno, no respeta el tiempo de oficina. Van y lo buscan a la casa de uno. Eso es mala educación, pero uno se acostumbra a todo eso. Mientras que uno no puede ir a la casa del juez kapunía a poner su queja. El no lo va a aceptar.

Otra dificultad para los documentos es que el Estado nos da esta facultad de ejercicio, pero el Estado no ha podido darnos dotación y reconocimiento jurídico y de recursos para actuar.'

Esta compleja interacción entre oralidad y escritura es un elemento importante para comprender el proceso de construcción de instituciones de control social en Cristianía. En particular para entender que los reglamentos escritos y el 'Dachí Código' que surgen como resultado del proceso de la Constituyente Embera no tienen para los habitantes de Cristianía un sentido equivalente al que la sociedad colombiana confiere, por ejemplo, a su código penal y de procedimiento penal. Estos últimos contienen la normatividad vigente a la que deben atenerse los órganos de justicia para imponer una sanción, de acuerdo con el modelo de racionalidad codificada antes descrito; sólo pueden ser modificados válidamente a través de nuevas leyes que deroguen las anteriores y no a través de prácticas que se aparten de la norma (las cuales son consideradas no como revisiones de, sino como infracciones a la norma).

Entretanto, los reglamentos escritos que la comunidad de Cristianía ha producido en su proceso de construcción de normas y procedimientos de derecho propio representan una especie de 'escritura de la tradición'; de una tradición que se construye a partir de la hibridación entre lo propio y lo adquirido como resultado de su interacción con el entorno y de las contrapuestas visiones de justicia que se debaten entre los miembros de la comunidad. De una tradición que permanentemente se construye y se recrea a partir del ejercicio de control social en la resolución de casos concretos. En este orden de ideas, los reglamentos escritos son testimonio de un hito importante, pero no definitivo, en el proceso de construcción de la tradición jurídica del pueblo de Cristianía; no representan un sistema normativo completo y acabado al que en adelante tenga que ajustarse el ejercicio de la jurisdicción como condición de su legitimidad, sino un intento de incorporar elementos del modelo de racionalidad codificada, así como el valor simbólico y la legitimidad atribuida al documento escrito u otros instrumentos (Taussig 1994), en una práctica de control social en la que prevalece una racionalidad casuista.

Lo anterior permite comprender que, si bien algunas de las instituciones y procedimientos diseñados en los reglamentos que se expidieron como resultado de la Constituyente Embera han logrado consolidarse, como ocurre con el Consejo de Conciliación y Justicia, así como un procedimiento de indagación y de defensa basado en la confrontación de las versiones de las partes y de las familias involucradas en el conflicto, el propio texto de tales reglamentos, y buena parte de las normas en ellos contenidos no han sido apropiados por la comunidad y, en consecuencia, no han logrado incorporarse como elementos de su sistema de control social.

En efecto, uno de los aspectos que llama la atención del Dachi Código es que está incompleto, pues se anuncia una lista de problemas de la comunidad (familiares, territorio y medio ambiente, jaibanismo y maleficio, gobierno y administración, sociales), a partir de los cuales se tipifican una serie de faltas con sus respectivas sanciones. Sin embargo, ese proceso de codificación sólo alcanza a desarrollar los dos primeros núcleos de problemas (familiares, territorio y medio ambiente). Al preguntar al Gobernador de Cristianía por qué este reglamento aparece incompleto y si acaso logró terminarse, don Aquileo Yagarí respondió:

‘No se completó porque no tuvo continuidad. La comunidad lo conoce muy poquito. Nosotros hacemos conocer las faltas cuando surgen los delitos, en reuniones, talleres, explicamos que la violencia intrafamiliar, los robos, los homicidios son sancionables.’⁶

Esta falta de apropiación de los reglamentos escritos también es destacada por la abogada Nuri Yagarí, indígena de Cristianía e integrante de la Organización Indígena de Antioquia, quien en la entrevista realizada con ocasión de este dictamen señaló:

‘Yo tenía entendido que los de Cristianía no tenían nada por escrito... yo ayudé a contestar una tutela cuando Gloria Tamaniz era gobernadora y me fui y me rebusqué con los del Centro de Conciliación y Justicia y no encontré ningún reglamento ni nada...’⁷

Al preguntar al Gobernador por qué no tuvo continuidad el proceso de elaboración del código y su difusión entre la comunidad, nos explicó que se quedó inconcluso por falta de recursos para culminar este proyecto. Con todo, el proceso de construcción de derecho propio en Cristianía ha continuado al margen y más allá de la elaboración de códigos, cuya incompletitud y desconocimiento entre las gentes de Cristianía corrobora la prevalencia del

modelo de racionalidad consuetudinario y casuista a la que ya se ha hecho alusión.

Sobre esta prevalencia llama la atención María del Pilar Valencia, una de las asesoras del proyecto Constituyente Embera quien, como resultado de su experiencia, sintetiza las características sobresalientes del sistema de justicia Embera, de las cuales destacamos las que logramos apreciar en el sistema de justicia de la comunidad de Cristianía, de acuerdo con la información obtenida en campo para la elaboración de este dictamen:

- La norma se genera a partir de la solución de problemas concretos, a diferencia del carácter (pretendidamente) general, impersonal y abstracto del derecho positivo estatal. Al respecto señala que 'los intentos que se han hecho por copiar el esquema del derecho positivo han sido infructuosos, se han quedado en letra muerta y no han sido interiorizados como norma' (Valencia, 2002: 128 y s.).

- La norma es concebida como 'pauta de referencia para la resolución de casos semejantes, de ninguna manera se considera como una regla fija para aplicar mecánicamente en todos los casos'. En consecuencia, no cabe distinguir entre el momento de la creación y la aplicación de la norma, sino que ésta 'se genera, modifica o confirma (total o parcialmente) en el momento mismo de la resolución del conflicto' (Valencia, 2002: 129).

- La administración de justicia no parte de un cuerpo acabado de normas. Sin embargo, explica esta autora, es posible distinguir entre unos patrones 'fijos' o perdurables, entre los cuales destaca la sanción del jai malo (ejercicio indebido del chamanismo) y, por otra parte, unos 'factores de transformación' que son el resultado de la aparición de nuevos conflictos y de transformaciones socio-culturales, por ejemplo las originadas en la administración de los recursos provenientes de las transferencias que reciben los resguardos indígenas (Valencia, 2002: 129). A estos últimos cabría añadir, por su importancia en el presente caso, la interacción con los actores armados ilegales que hacen presencia en la zona, cuya presencia es aprovechada en este caso para amenazar a los integrantes del cabildo como retaliación por las sanciones impuestas al señor Rafael Cértiga.

- Espacios comunitarios para la toma de decisiones. Aunque se identifica al Consejo de Conciliación y Justicia como el órgano encargado de tomar las decisiones relativas al control social, sus decisiones están sujetas a eventuales revisiones por parte de la Asamblea de la Comunidad (Valencia, 2002; 130). Pero además, en algunos casos de especial relevancia,

como en el que da lugar a esta acción de tutela, el Consejo de Conciliación y Justicia convoca a los integrantes de los grupos organizados de la comunidad a participar de las sesiones.

- Debido a la importancia de los grupos familiares dentro de la organización social de los Embera, se confiere especial relevancia a la participación del grupo familiar del acusado y de las demás personas involucradas en el conflicto en el momento de hacer los descargos, controvertir las distintas versiones y puntos de vista e imponerse las sanciones u obligaciones (Valencia, 2002:130). Como señala Dora Yagarí, indígena de Cristianía e integrante de la Organización Indígena de Antioquia, cuando se adelanta una investigación. 'Se recomienda que se escuchen las dos versiones. Por lo general no se deja sólo a la víctima y al agresor, sino que participan las familias. Cualquier conflicto se vuelve grande porque no se enfrentan personas sino familias. Obviamente también hay gente que no es de la parentela, pero puede aportar su versión.'⁸

(...) En el actual caso, Jorge Iván Cértiga acude al cabildo a buscar su protección en el conflicto que, por una acusación de jaibanismo, tenía con la familia de Rafael Cértiga. Con el fin de obtener la protección del cabildo, don Jorge Iván denuncia que Rafael había realizado las amenazas al Gobernador, dando así lugar a que se abrieran las indagaciones que finalmente llevaron también a que su hijo Vicente fuese implicado. Lo anterior muestra que el propio actor que impugna el castigo argumentando que el delito de concierto para delinquir no está previsto en la ley indígena, era consciente del carácter indebido de la conducta de amenazas que él mismo denunció y que a la postre daría lugar a imponer sanción tanto a Rafael como a Vicente Cértiga. Una de las razones por la cual Jorge Iván Cértiga acudió al mecanismo de la tutela, y a pesar de que él sí reconoce que ocurrió un delito, fue el nombre del delito -'concierto para delinquir'- que aparece en el acta del consejo de conciliación y Justicia que no está previsto en la jurisprudencia de la comunidad.

La denominación del delito como 'concierto para delinquir' no fue el resultado de sancionar una conducta no prevista como falta en el derecho embera, sino el de homologar o traducir esta falta al lenguaje en el que está tipificada en el código penal, y que permite al sistema penitenciario, y específicamente la cárcel de Andes, Antioquia, colaborar con el cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia en ofrecerles los cupos en la cárcel para delitos considerados mayores. Como sugiere el vicegobernador, José Danilo Vaquiaza de Cristianía, 'para enviar a un apersona a la cárcel por algún delito hay que mandarlo con la ley

occidental. Si lo mandamos con un delito que no es de allá entonces lo devuelven' (5 de julio, 2010, sede del Cabildo, Cristianía).

Explicaron en la cárcel de Andes que existe una base de datos del INPEC, llamada SISIFE, la cual ya tiene codificados los delitos del código penal, pero cuando venían con otros delitos distintos, el sistema no permitía ingresar los datos del recluso. El Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia se ven obligados a traducir el delito reconocido por la comunidad a términos que el SISIFE pueda reconocer. Y como el orden de encarcelamiento debe estar en forma escrita, el acta que levanta el cabildo y el Consejo de conciliación y Justicia hace referencia al delito homologado (Reunión con Consuelo Robledo, Procuradora Provincial, Jaime Serna, Director de la Cárcel de Andes. Andes, 19 de julio de 2010). En esta misma reunión, la secretaria del director de la cárcel de Andes intervino para destacar que esta presión para la homologación entre el sistema de faltas de la justicia embera y el listado de delitos del código penal ordinario ya ha dado sus frutos, al manifestar que 'Ya ellos han mejorado eso y nos traen los delitos de la manera en que lo podemos ingresar'."

2.2.6. Es fundamental comprender a este respecto que los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas pueden ser, y de hecho son, dinámicos y evolutivos; no tienen necesariamente que ser idénticos a los de sus ancestros precolombinos. Según se explica a la Corte por parte de la ONIC, "los sistemas jurídicos indígenas pueden ser dinámicos, sin embargo no se puede olvidar que estos sistemas indígenas se constituyen por los saberes y los conocimientos ancestrales puestos espiritual y materialmente al servicio de la justicia, y con la clara pretensión de mantener la convivencia y armonía entre los miembros del respectivo pueblo indígena".

2.2.7. La ONIC también explica a la Corte que entre los pueblos indígenas colombianos no existe como tal un "derecho penal", rama del derecho que es propia de la cultura no indígena; en términos del concepto dirigido por su Presidente a la Sala,

"No existe dentro del derecho propio una clasificación de derechos: ni civiles, ni penales, ni laborales, etc. Los pueblos indígenas orientan su control interno a partir de la ley de origen, el derecho propio y el derecho mayor, como de su capacidad de auto gobierno y auto determinación.

Algunos académicos hacen menciones descriptivas sobre autoridades, procedimientos,

sanciones y plantean dentro de sus categorías agrupamientos de normas y procedimientos regulatorios de las conductas, a la manera y usanza del derecho formal estatal, es decir, presentan los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas a partir de conceptos del derecho occidental o positivo, y por ello hablan del derecho penal, civil y administrativo en determinados pueblos. Estos estudios no se corresponden con la realidad interna de los pueblos y por ello no se considera preciso hablar de derecho penal dentro de los sistemas jurídicos indígenas.

Con esta aclaración se pretende dar cuenta de la complejidad e integralidad de los sistemas jurídicos propios de cada uno de los pueblos en relación con su cosmovisión y cultura, por esto es impreciso señalar la existencia de un derecho penal dentro de los órdenes jurídicos de los pueblos.

No obsta lo anterior, para nuevamente manifestar que el derecho propio es dinámico y permite la posibilidad de transformarse, aceptar nuevas conductas, y adecuarse a las realidades y situaciones de la comunidad.”

2.3. El procedimiento aplicable al procesamiento punitivo de miembros de la comunidad indígena de Cristianía por parte de sus autoridades propias.

De conformidad con los documentos y las pruebas periciales que obran en el expediente y se transcriben en los Anexos a la presente providencia -incluyendo el documento titulado “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, el documento titulado “Dachi Código (Nuestra Ley) 2004”, el informe de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y los conceptos especializados de la ONIC, el ICANH y el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia-, en el Resguardo de Cristianía el procedimiento aplicable para el procesamiento y sanción de las faltas graves cometidas por miembros de la comunidad es el siguiente:

2.3.1. La autoridad competente para el conocimiento de las faltas cometidas por los miembros de la comunidad es el Cabildo, para los casos de faltas leves o medianas, y el Consejo de Conciliación y Justicia, para las faltas graves. El Consejo de Conciliación y Justicia es un órgano establecido en 1998, conformado por el Vicegobernador, quien lo coordina, y cuatro consejeros escogidos por la comunidad con base en sus características personales. Ni el Gobernador del Resguardo ni las directivas del Cabildo pueden participar en las decisiones

del Consejo de Conciliación y Justicia. Según el “Dachi Código”, el Consejo de Conciliación y Justicia es “un grupo de cinco personas que se encargará de conocer y buscarle solución a los conflictos y faltas graves que ocurran dentro de nuestro territorio, con el fin de garantizar la convivencia pacífica, la justicia y el equilibrio entre la comunidad”.

2.3.2. Cuando se cometa alguna falta grave, los implicados pueden ser capturados y detenidos por el Cabildo, a través de sus alguaciles, o con la colaboración de la Policía Nacional. Los implicados pueden estar sometidos a detención preventiva mientras se adelanta la investigación, sea en la comunidad o en la Cárcel Municipal de Jardín; en estos casos, según el documento “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, “[e]l detenido tiene derecho a que en dos (2) meses se le resuelva su situación, o sea, que se le declare inocente o culpable. Si transcurridos los dos meses el Cabildo no ha tomado ninguna decisión, debe ser puesto en libertad, aunque el proceso continúa su curso hasta decidirse”.

2.3.3. El sistema de Cristianía garantiza el derecho de defensa; según el “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, “[e]l procesado siempre tiene derecho a defenderse. (...) Se recibirán las declaraciones al procesado y a quienes él indique como testigos”.

2.3.4. El Consejo de Conciliación y Justicia debe llevar a cabo una investigación minuciosa de los hechos, investigando tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado. El proceso de demostración fáctica que realizan las autoridades de Cristianía incluye la posibilidad de defensa del imputado, lo cual es descrito así ante la Corte por el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior: “[e]l investigado tiene el derecho de controvertir las pruebas, tiene lugar en el momento en que el Consejo de Conciliación y Justicia, determina que ha llegado o han establecido la verdad a partir de las entrevistas realizadas. Esta es la forma como se reconstruyen los hechos ocurridos, que demuestran una verdad. En esta actividad, el consejo la debate con el investigado, y el investigado puede controvertir esa verdad, y si los argumentos del investigado son contundentes, se direcciona la investigación y se reestructura la investigación tendiente a llegar a la verdad. Esta es la forma de debatir la prueba dentro de la administración de justicia propia del Resguardo de Cristianía.”

2.3.5. Antes de la imposición de sanciones, debe intentarse la conciliación entre las partes. De conformidad con el “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, “[a]ntes

de imponer sanciones, el Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia deben procurar que haya una reconciliación entre las partes y sus familias, llegando a unos compromisos y a unas condiciones de cumplimiento”, salvo los casos de homicidio, violencia sexual o lesiones personales graves evaluados por el Consejo de Conciliación y Justicia. Tal y como lo explica el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, “la conciliación en este proceso consiste, en el diálogo directo entre el investigado y el Consejo de Conciliación y Justicia en pleno, con esto se pretende que la persona reflexione y se arrepienta del acto cometido, y se den formas de pagar (no se acostumbra la imposición de multas) el daño y buscar la forma cómo se reparará a la(s) víctima(s)”.

2.3.6. Cuando no sea posible la conciliación, y se encuentre culpable al implicado, se le podrán imponer sanciones que van desde amonestación pública en Asamblea General, hasta cárcel. Según establece el “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, la pena es determinada y modulada por el Consejo de Conciliación y Justicia en cada caso, “teniendo en cuenta las pruebas, los antecedentes de la persona, la gravedad del hecho, las secuelas dejadas”.

2.3.7. Son relevantes las siguientes disposiciones del documento titulado “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía” sobre la pena de cárcel:

“27. La sanción de cárcel sólo puede aplicarse como último recurso, según la gravedad del caso.

28. La persona condenada a cárcel queda sujeta al régimen penitenciario nacional, sin perjuicio de los acuerdos especiales a que lleguen el Cabildo con las autoridades carcelarias.

29. Las sanciones de cárcel hasta tres (3) meses pueden ser cumplidas al interior de la comunidad o en la Cárcel Municipal de Jardín. Las sanciones de cárcel que superen los tres (3) meses se cumplirán en la Cárcel Nacional de Andes, de acuerdo con los convenios firmados por el Cabildo con el Alcalde de Jardín y con el Director de la Cárcel de Andes.

(...) 32. El Consejo de Conciliación y Justicia puede revisar las sanciones de cárcel cuando se haya cumplido la mitad de la condena, y de acuerdo con la evaluación que se haga reducir el tiempo de cárcel o cambiarla por otra sanción.

33. Las penas que se apliquen deben ser justas y equitativas”.

2.3.8. A quien sea sancionado con pena de cárcel se le debe leer la sentencia ante la Asamblea General de la comunidad; según el documento “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía”, “[l]a persona sancionada con pena de cárcel debe estar presente ante la Asamblea General para que se le lea la sentencia y la sanción sirva para su propia tranquilidad de conciencia y para ejemplo de la comunidad”.

2.3.9. El documento titulado “Dachi Código” contiene una enunciación de distintos delitos tipificados por las autoridades de Cristianía; sin embargo esta enunciación no incluye la figura del concierto para delinquir. Este “Dachi Código” es una codificación aún inconclusa de las normas tradicionales de Cristianía. Según dispone el documento “Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía” en su Regla Transitoria No. 42, “[m]ientras la comunidad establece los reglamentos respectivos, el Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia tomarán las decisiones que crean convenientes, de acuerdo con los usos y costumbres y con un criterio de justicia y equidad, acerca de las sanciones y la duración de éstas”.

2.3.10. El Consejo de Conciliación y Justicia puede revisar periódicamente las sanciones de cárcel; además de lo dispuesto en el documento transcrito en el numeral 2.3.7. precedente, explica a la Corte el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior que “[s]e pueden presentar otras situaciones una vez se termine el proceso como la revisión o la reconsideración de la sanción o castigo impuesto. La primera situación puede ocurrir por solicitud del condenado o por iniciativa del Consejo de Conciliación y Justicia, esta lo que busca es que la sanción impuesta sea modificada, (...) en el segundo evento, el Consejo de Conciliación y Justicia, periódicamente y bajo su potestad revisa las sanciones dadas y hace énfasis en las personas retenidas en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes -EPMSCAND-, toda vez que la justicia propia de el Resguardo busca es la reflexión de la persona, y el retorno de esta a la comunidad, de acá que se modifique la sanción o se absuelva al condenado”.

2.3.11. Por las características socioculturales del pueblo Embera-Chamí, el procedimiento aplicable en el resguardo de Cristianía es verbal, no escrito – sin perjuicio de que la comunidad resuelva establecer un soporte escrito para las actuaciones que así decida

formalizar. Además se ha de desarrollar en lo posible en la lengua propia del pueblo Embera-Chamí. Este punto lo confirman tanto la ONIC como el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia.

3. Problemas jurídicos a resolver

Con base en el anterior recuento fáctico, la Corte debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿se violaron los derechos al debido proceso, a la libertad personal y a la igualdad de los señores Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga cuando las autoridades tradicionales indígenas del resguardo de Cristianía les condenaron a pena privativa de la libertad por el delito de concierto para delinquir, bajo las condiciones y siguiendo los procedimientos que se narraron al exponerse los hechos?

El demandante alega que se incurrió en las siguientes irregularidades durante el procesamiento punitivo de los señores Cértiga: (a) no se siguió el debido proceso de conformidad con el derecho propio del resguardo de Cristianía, porque la decisión de imponer la sanción no fue tomada por el Consejo de Conciliación y Justicia, sino por el Vicegobernador; (b) no se siguió el debido proceso de conformidad con el derecho propio, porque el Vicegobernador procedió a imponer el castigo sin que mediara investigación o conciliación; y (c) los procesados no fueron sancionados de conformidad con el sistema de justicia de la comunidad de Cristianía, sino de conformidad con el Código Penal colombiano; y (d) no se respetó su derecho de defensa.

En esta medida, un problema jurídico adicional que debe abordar la Corte es si la utilización, por parte de las autoridades indígenas en ejercicio de la jurisdicción propia, de figuras que constan en el Código Penal colombiano, viola la Constitución.

4. Procedencia de la acción de tutela contra las autoridades de una comunidad o pueblo indígena. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte Constitucional ha establecido claramente en su jurisprudencia que ordinariamente es procedente la acción de tutela contra las decisiones adoptadas por las autoridades de una comunidad o pueblo indígena en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales autónomas.

Ha explicado la Corte que ello es así por cuanto las comunidades y pueblos indígenas, a

través de sus autoridades propias, “ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social”⁹; es decir, los miembros de las comunidades indígenas ordinariamente se encuentran frente a sus autoridades propias en situación de subordinación¹⁰ y especial sujeción¹¹.

También ha tenido en cuenta la Corte que frente a las decisiones adoptadas por las autoridades propias de una comunidad o pueblo indígena, los afectados carecen de mecanismos efectivos de protección o instancias superiores a las cuales recurrir¹², así como de medios ordinarios de defensa judicial para controvertir los actos que consideren lesivos de sus derechos fundamentales¹³.

Por lo tanto, al considerar que los miembros de las comunidades o pueblos indígenas se encuentran en situación de indefensión frente a las decisiones de las autoridades propias proferidas en ejercicio de su autonomía y poderes jurisdiccionales, la Corte Constitucional ha considerado que “dentro de los límites que demanda el respeto a la diversidad étnica y cultural de la nación, la acción de tutela resulta de ordinario procedente para infirmar las decisiones de las autoridades indígenas”¹⁴.

5. Marco constitucional y jurisprudencial para el ejercicio de la jurisdicción indígena en Colombia bajo la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. La jurisdicción especial indígena en la Carta Política: tensiones entre la autonomía y la unidad.

Desde sus más tempranos pronunciamientos, esta Corporación ha examinado la tensión existente entre los principios constitucionales del régimen político unitario republicano y del reconocimiento de la autonomía de los pueblos y territorios indígenas - autonomía que se realiza en parte a través de los principios del pluralismo político y la diversidad étnica y cultural de la Nación; ha precisado en este sentido la Corte, armonizando constitucionalmente esta tensión:

“6. El fortalecimiento de la unidad nacional es uno de los fines postulados en el preámbulo de la Constitución. La importancia de este valor que preside la Carta, se refleja en el establecimiento de la República unitaria como forma de gobierno, pero con autonomía de sus entidades territoriales (CP art. 1).

La consagración simultánea en el mismo artículo constitucional de principios contrarios -no contradictorios- como el régimen unitario y las autonomías territoriales, muestra la intención del Constituyente de erigir un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad.

(...) a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades territoriales, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (CP art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP art. 7).

La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP arts. 246, 330), de forma que se asegure la unidad nacional”¹⁵.

Sobre esta base, la Corte ha explicado que los referidos principios de reconocimiento expreso de la diversidad étnica y cultural dentro de la unidad de la Nación colombiana, contenidos en los artículos 1 y 7 Superiores, se materializan entre otras en la creación de una jurisdicción especial indígena, regulada por el artículo 246 de la Carta. Al respecto, ha indicado la Corte en términos generales que este artículo “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. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de ‘normas y procedimientos’-, mientras que los dos segundos constituyen los

mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad (...)”¹⁶.

La Corte precisó posteriormente que la jurisdicción indígena, a la luz de la Constitución Política, comporta los siguientes elementos constitutivos esenciales:

“- 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 procedimental.

- 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”¹⁷.

Uno de los ámbitos en los que se manifiesta con mayor claridad este principio de autonomía indígena en materia jurisdiccional, es el del ejercicio de la potestad punitiva por las autoridades tradicionales. Desde los inicios de su jurisprudencia sobre la materia, la Corte ha sostenido que una parte del núcleo esencial de la autonomía indígena y de la jurisdicción propia es la facultad de definición de las conductas sancionables o punibles, de la sanción, y de la autoridad competente para imponerla. Las interferencias externas con estas decisiones violan el núcleo de la autonomía del grupo étnico correspondiente¹⁸. Ello implica, entre otras, que los pueblos indígenas y tribales pueden tipificar conductas no penalizadas por la sociedad no indígena, y aplicar sanciones más o menos gravosas para las mismas conductas que el derecho no indígena penaliza. El parámetro de constitucionalidad para estos ejercicios de la autonomía no es, así, la comparación con lo no indígena en cuanto a tipificación de

conductas y graduación de sanciones; tampoco es la ley nacional la que está llamada a determinar ni las competencias para el procesamiento, ni los delitos tipificados, ni las sanciones aplicables.

5.2. Sujeción del ejercicio de la jurisdicción indígena a la Constitución y la ley, y control por el juez constitucional.

La autonomía de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su jurisdicción especial no tienen el efecto de blindar las actuaciones de las autoridades indígenas frente al control del juez constitucional, pues la Constitución Política, que es la que reconoce el derecho a la jurisdicción propia, traza claros límites que deben ser respetados en cada caso individual. Según lo ha explicado claramente esta Corte, “la atribución constitucional confiada a las autoridades de los pueblos indígenas, consistente en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio, debe interpretarse de conformidad con la Constitución y la ley”¹⁹. Ello resulta no sólo del mandato constitucional expreso en este sentido, sino también del hecho de que las decisiones de las autoridades indígenas tienen la naturaleza de decisiones judiciales, y en tal medida están sujetas al ordenamiento jurídico trazado por la Carta Política y la ley:

“La decisión adoptada por la Asamblea General y la Comisión de Exgobernadores del Resguardo Indígena de Quizgó, a través de la cual se impuso al peticionario una pena de reclusión por tres años y un año de trabajo para la comunidad, es una decisión de naturaleza judicial, adoptada en ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas por la Constitución a las autoridades de los pueblos indígenas. No obstante, como se indicó, la validez de esa decisión depende de su conformidad con la Constitución y la ley (C.P., art. 246). Al respecto, la ley estatutaria de la administración de justicia prescribe que la jurisdicción especial indígena ejerce función jurisdiccional, que las autoridades de los territorios indígenas hacen parte de la rama judicial del poder público y ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio, conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes (arts. 11 y 12).”²⁰

“También esta Corte ha dicho que el juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades

indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia.

Lo anterior porque de una intervención de las autoridades ordinarias, sopesada, medida y específica, en los asuntos relativos a los pueblos indígenas y a sus integrantes, depende en gran medida que la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, reconocida en el artículo 7º de la Constitución Política, sea una realidad”²¹.

5.3. Los factores de competencia que activan la jurisdicción indígena

En todos los casos relativos al ejercicio de la jurisdicción por las autoridades indígenas, el primer paso que ha seguido la jurisprudencia constitucional es el de establecer si están dados los factores de competencia que activan dicha jurisdicción. Según ha explicado en resumen esta Corte, “para que opere la jurisdicción indígena es imprescindible que la conducta sometida a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad”²².

En un reciente pronunciamiento, la Corte sintetizó su jurisprudencia previa sobre el contenido y alcance de estos factores que habilitan la competencia de las autoridades indígenas en casos concretos. En efecto, en la sentencia T-617 de 2010²³, la Corte reiteró su jurisprudencia “para garantizar que, en presencia de una comunidad indígena con autoridades, usos, costumbres y procedimientos definidos [elementos i y ii], el ejercicio de la autonomía indígena tenga plena eficacia [elemento iv], aún en ausencia de una ley de coordinación [elemento v], y teniendo presente que la subordinación de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe entenderse de forma concordante con los límites y alcances del derecho fundamental a la autonomía de los pueblos originarios”, y explicó que la jurisdicción de las autoridades ancestrales indígenas se activa con base en cuatro criterios: el factor personal o subjetivo²⁴, el factor territorial²⁵, el factor orgánico o institucional²⁶, y el factor objetivo²⁷. La Corte precisó que estos factores de competencia deben ser aplicados en forma concurrente en cada caso: “resulta oportuno

señalar que estos criterios se encuentran íntimamente relacionados y que, en cada caso, el juez debe efectuar una evaluación que los involucre a todos, pues dejar de lado el análisis de uno de los elementos descritos puede llevar a decisiones que vulneren la autonomía de las comunidades indígenas, o le den un alcance susceptible de afectar los derechos de los miembros de la comunidad y de las víctimas de una conducta punible (o socialmente nociva en el marco de una cultura indígena)²⁸.”

5.4. Procesos de reconstitución étnica o de reafirmación identitaria indígena, y reconocimiento de la jurisdicción propia.

Para la jurisprudencia constitucional, ni las situaciones de debilidad o pérdida cultural, ni el desarrollo de procesos de reconstitución étnica o reafirmación de la identidad indígena, constituyen obstáculos para el reconocimiento del derecho a la jurisdicción propia en cabeza del pueblo indígena correspondiente. En otras palabras, tanto aquellos pueblos indígenas o tribales que cuenten con una estructura sociocultural sólida y mantengan viva y preservada su cultura ancestral, como aquellos pueblos que estén desarrollando procesos de reconstitución de su identidad indígena o de recuperación de su cultura propia, tienen un derecho constitucionalmente protegido a ejercer su justicia propia a través de sus autoridades tradicionales. Así sucedió, por ejemplo, en relación con los casos de la comunidad indígena Pijao de El Tambo en Coyaima (Tolima)²⁹, del pueblo indígena Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta³⁰, o del pueblo indígena Yanacona de la región del Macizo Colombiano³¹.

El análisis del tema del ejercicio de la jurisdicción propia por pueblos en proceso de reconstitución o fortalecimiento, se conecta directamente con el ya referido “criterio institucional u orgánico” de competencia para la activación de la jurisdicción indígena, y con sus reglas específicas de aplicación. La Corte ha indicado que, además de los factores territorial, subjetivo y objetivo, para que en un caso concreto pueda operar la jurisdicción indígena es necesario que de hecho existan autoridades tradicionales indígenas, con un ámbito territorial definido para el ejercicio de sus potestades, y que tales autoridades estén en capacidad de ejercer la justicia tradicional, verificando que no se esté ante una situación de “carencia de normas y prácticas específicas de control social, (...) ausencia de procedimientos de juzgamiento, o [en que] las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones”. De allí que deba examinarse en cada caso concreto si, como

una cuestión de hecho, tales condiciones de consolidación del sistema de jurisdicción propia están dadas y es, por lo tanto, posible que se ejerza en la práctica la jurisdicción propia - lo cual no equivale, sin embargo, a que el juez constitucional deba determinar de antemano si existe un sistema jurídico estructurado bajo parámetros de validez o de consolidación no indígenas, ni que deba determinar a priori que tal sistema sea compatible con la Constitución Política; este análisis habrá de realizarse en forma ex post y frente a acusaciones concretas de incompatibilidad entre tal sistema jurídico indígena y los derechos humanos. Esta postura fue explicada en detalle en la sentencia T-552 de 200332, en el siguiente extracto que se cita in extenso por su relevancia directa para la resolución del caso bajo examen:

“(...) es necesario tener en cuenta el presupuesto antropológico que se encuentra en el punto de partida. La jurisdicción especial se establece por la Constitución en beneficio de los pueblos indígenas con el propósito de proteger su identidad. Esto es, para que proceda la jurisdicción indígena es necesario establecer, en primer lugar, que se está frente a una comunidad indígena.

(...) tratándose de la jurisdicción indígena, cabe un análisis especial, porque de la propia Carta parecería derivarse la necesidad de acreditar ciertas condiciones formales, en la medida en que, como presupuesto para la procedencia de la jurisdicción indígena, está la existencia de unas autoridades tradicionales y la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad. Así, por ejemplo, en materia penal, no bastaría con acreditar la condición de indígena de un sindicado para que quede amparado por el fuero derivado de la jurisdicción indígena, sino que habría que establecer, además, la existencia de una autoridad tradicional competente para adelantar el juzgamiento.

Aún así, cabe matizar este presupuesto formal, porque puede acreditarse la existencia de una autoridad que ejerza funciones tradicionales en un ámbito territorial determinado, que no haya sido, sin embargo, oficialmente reconocida. Se trata, entonces, de un presupuesto que debe valorarse en cada caso concreto, para determinar en qué medida resulta necesario el reconocimiento oficial de la comunidad, de sus autoridades y de su ámbito territorial, y en que medida cabe reconocer la jurisdicción indígena a partir de la verificación meramente fáctica de esas condiciones.

Hasta aquí se tendría que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar

que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado.

Lo anterior sin embargo, no sería suficiente, por cuanto se requiere, además, establecer la capacidad de esas autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción conforme a usos tradicionales. Esto es, puede existir un reconocimiento formal de resguardo y cabildo, pero no darse materialmente los supuestos de la jurisdicción, por carencia de normas y prácticas específicas de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones.

Conforme a la Constitución, a los elementos ya reseñados de la jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley.

Estas dos últimas condiciones plantean un específico problema de interpretación en orden a determinar la aplicación de la jurisdicción indígena en una situación determinada, por cuanto la consideración de las mismas puede hacerse ex ante, como un requisito de procedibilidad de la jurisdicción especial, o ex post, como condiciones que gobiernen el ejercicio de la misma.

En cualquier caso resulta claro que la consagración constitucional de la jurisdicción especial para los pueblos indígenas comporta el reconocimiento de un cierto poder legislativo para esas comunidades, por virtud del cual sus usos y prácticas tradicionales desplazan a la legislación nacional en cuanto a la definición de la competencia orgánica de las normas sustantivas aplicables y de los procedimientos de juzgamiento.

Una primera aproximación parecería conducir a la conclusión de que para que proceda la jurisdicción indígena es necesario que previamente se acredite la vigencia de ese orden jurídico tradicional alternativo, lo cual sería particularmente evidente en materias penales, en razón de los imperativos derivados del principio de legalidad.

Dos circunstancias, sin embargo, militarían a favor de la tesis contraria, esto es en pro del criterio conforme al cual la valoración en torno al orden jurídico tradicional no constituye un presupuesto para el reconocimiento de la competencia jurisdiccional de las autoridades

tradicionales de los pueblos indígenas, sino que sería susceptible, eventualmente, de un control posterior, orientado a garantizar las garantías mínimas que del ordenamiento constitucional se derivan para todos los habitantes del territorio del Estado.

Por un lado, debe tenerse en cuenta la oralidad que caracteriza los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas. Tal característica exige una reconceptualización del principio de legalidad y, ciertamente, excluye la posibilidad de que como condición para el reconocimiento de la jurisdicción se exija presentar compilaciones de normas escritas en materias sustantivas o procedimentales, e, incluso, precedentes, también escritos, en materias como las que suscita el reclamo de jurisdicción.

Por otro lado, el asunto debe examinarse a la luz del nuevo contexto y del cambio de paradigma que sobre esta materia se operó por virtud de la Constitución de 1991. Ese nuevo contexto, guiado por el principio fundamental del respeto y de la protección a la diversidad, se desenvuelve a partir de una tradición que había estado orientada hacia la integración y se caracterizaba por los procesos de aculturación de las comunidades indígenas, como consecuencia de los cuales éstas, en muchos casos, en mayor o menor medida, habían venido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional.

Los principios que se pusieron en vigencia a partir de 1991 implican el reconocimiento de una etapa de transición en la cual, al amparo de las nuevas garantías constitucionales, las comunidades indígenas pueden buscar la reafirmación de su propia identidad como tales.

Por esa razón, para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales.

La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su

identidad.

En ese contexto, resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, sólo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas.”

En esta misma sentencia -relativa al pueblo indígena Yanacona-, la Corte consideró que la decisión de un juez de instancia consistente en privar a la comunidad de Caquiona del ejercicio de su jurisdicción propia por no contar con un sistema jurídico estructurado y codificado a la manera del Derecho Penal no indígena, constituía una vía de hecho lesiva de sus derechos constitucionales:

“A esa conclusión (...) no podía llegarse a través de la afirmación sobre la ausencia objetiva de normas del ordenamiento tradicional, pues, como se ha visto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad aplicado a la jurisdicción indígena, remite a una análisis de previsibilidad. Tal análisis, que no se cumplió por el Consejo, habría permitido concluir que, conforme a su ordenamiento tradicional, el homicidio se encuentra proscrito, y que se han adoptado de manera reciente medidas orientadas a prevenir y reprimir el porte ilegal de armas. Del mismo modo, que las autoridades tradicionales ejercen una labor de control social cuyo radio de acción se ha venido ampliando progresivamente.

Del hecho de que la comunidad no pueda presentar antecedentes recientes sobre el ejercicio de la jurisdicción en asuntos tales como el homicidio, aparte de que no fue una consideración expresa del Consejo, no puede derivarse la conclusión acerca de la incapacidad de la

comunidad para adelantar el juzgamiento conforme a su ordenamiento tradicional, porque, por un lado, la inserción de la comunidad en la cultura y en el ordenamiento nacionales, implicaba, necesariamente, que antes de 1991, las autoridades indígenas estaban en la obligación de remitir tales asuntos a la jurisdicción ordinaria, de manera que no cabe exigir, como presupuesto para el reconocimiento de la jurisdicción, que la comunidad acreditase la existencia de antecedentes que habrían resultado contrarios al ordenamiento constitucional y legal previo a la Constitución de 1991. Por otro lado, esa inhibición en el ejercicio de la jurisdicción, no puede tomarse como indicio de la ausencia de capacidad para ejercerla, sin un estudio antropológico que demostrase ese aserto.

(...) A partir de las anteriores consideraciones, es posible concluir que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura que fue impugnada en este proceso de tutela constituye una vía de hecho, porque aplicó de manera equivocada el principio de legalidad al valorar la pretensión de las autoridades del Cabildo de Caquiona de ejercer la jurisdicción especial indígena y porque, sin soporte en un estudio científico, se descartó la capacidad de esa comunidad para asumir, a través de sus autoridades, el juzgamiento de uno de sus integrantes en un conflicto de naturaleza penal y de caracteres típicamente internos, sin tener en cuenta el cambio de paradigma que sobre esta materia se operó en 1991.

Observa la Sala que los estudios antropológicos aportados en sede de tutela, así como la posterior decisión del propio Consejo Superior de la Judicatura en un caso similar, permiten concluir que la comunidad indígena de Caquiona, de la etnia Yanacona está en capacidad de ejercer la jurisdicción especial indígena, que tiene, por consiguiente, derecho a ejercerla y que el indígena sindicado en el proceso penal está amparado por el fuero indígena.”³³

5.5. Parámetros jurisprudenciales generales para resolver tensiones entre los principios de supremacía constitucional y autonomía indígena en casos concretos.

La jurisprudencia constitucional ha establecido y explicado en detalle una serie de parámetros interpretativos generales para resolver conflictos o tensiones, en casos concretos, entre los principios de unidad nacional y supremacía de la Constitución, por una parte, y de autonomía indígena y ejercicio de la jurisdicción propia, por otra; el punto de partida para la provisión de estos criterios es que se trata de una tensión establecida en el texto mismo de la Carta Política, que requiere un ejercicio judicial deliberado por establecer

un balance entre los principios en choque. Tal y como se señaló en la sentencia T-811 de 200434, “[e]l artículo 246 de la Constitución, al referirse a los elementos de la jurisdicción especial indígena, prevé una tensión entre las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas, que son desarrollo del principio de la diversidad étnica y cultural de la nación, y los límites trazados por la Constitución y la ley, dirigidos a la consecución del fin del Estado referente al aseguramiento de la unidad nacional. (...) En ocasión posterior la Corte volvió a pronunciarse sobre la tensión entre el principio de la diversidad étnica y cultural y el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución Política y luego de advertir que, si bien el Estado está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanos y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos y que el Estado, en esa labor de equilibrio, debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad de todas las culturas, concluyó que ‘frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional’ [SU-510/98]. En concordancia con ese planteamiento, la Corte Constitucional ha configurado las reglas de interpretación a ser aplicadas cuando se presenten diferencias conceptuales y conflictos valorativos en la aplicación de órdenes jurídicos diversos.”

Dichos parámetros interpretativos generales se resumen a continuación:

a. Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de sus restricciones. Para la Corte, “sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad”³⁵.

b. Principio de mayor autonomía a mayor conservación de los usos y costumbres propios. La formulación de este principio ha sido matizada y desarrollada significativamente por la Corte. En su descripción inicial en la sentencia T-254 de 1994, esta Corporación explicó:

“La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la ‘vida civilizada’ (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres -los que deben ser, en principio, respetados-, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.”

Posteriormente, la Corte precisó que esta formulación del principio no puede ser aplicada de forma tal que se prive a los pueblos indígenas que han sufrido la pérdida de sus culturas del ejercicio pleno del derecho a la jurisdicción propia, cuando resuelvan emprender procesos de recuperación, fortalecimiento o restauración cultural. En la sentencia T-514 de 2009, para matizar el alcance de tal principio, se indicó lo siguiente:

A juicio de esta Sala, la segunda parte de la formulación debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos³⁶. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas.

La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria³⁷.

En conclusión, si de acuerdo con las consideraciones recién expuestas, el principio reiterado

se interpreta integralmente como una constatación descriptiva, constituye una pauta interpretativa de gran utilidad para la ubicación y el acercamiento a casos concretos, pues expresa un hecho social que se proyecta en la labor del intérprete:

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica.

En ningún caso está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas es de mayor entidad en el segundo caso.

Incluso cuando la Corte afirma que las comunidades con un grado menor de conservación deberán guiarse por normas del derecho nacional, lo que está haciendo es refiriéndose a una circunstancia específica del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena: en la medida en que el derecho propio se compone de usos y costumbres, una comunidad que carezca de estos no puede ejercer el juzgamiento de sus miembros, pues ello implicaría un desconocimiento del principio de legalidad, es decir, del derecho de toda persona a ser juzgada por leyes preexistentes, como parte consustancial del debido proceso.

Sin perjuicio de las exigencias del principio de legalidad, el respeto por la diversidad cultural supone el derecho de cada comunidad a determinar si desea conservar sus tradiciones o incorporar algunos elementos de culturas ajenas, y hasta qué grado desean hacerlo. Tales decisiones deben ser respetadas por las autoridades del Sistema Jurídico Nacional.”

c. Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos. Para la Corte, al examinar casos concretos atinentes al ejercicio de la jurisdicción indígena, el juez de tutela debe tener en cuenta que “el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión”³⁸.

d. Principio de primacía de los derechos fundamentales constitucionales en tanto mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Las autoridades indígenas, en el ejercicio de la jurisdicción propia, también están sujetas al mandato constitucional de primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5, C.P.), y tienen el deber de cumplir con la Constitución y la ley en tanto nacionales colombianos (arts. 4, 6 y 95, C.P.)³⁹. En este sentido ha subrayado la Corte que “el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente”⁴⁰. Este principio se desarrolla con mayor detalle a través de distintos mandatos, límites y prohibiciones constitucionales expresas, que se señalan en la sección subsiguiente de esta sentencia.

e. Principio de primacía de las normas legales imperativas de la República si protegen un valor constitucional superior al de la diversidad cultural. La Corte ha explicado que las normas legales imperativas, es decir, las de orden público de la República, priman sobre la aplicación de las normas, usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas, siempre y cuando protejan valores constitucionales superiores al de la protección de la diversidad étnica y cultural. En palabras de esta Corporación, “la interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional -diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores”⁴¹.

f. Principio de primacía de los usos y costumbres indígenas sobre las normas legales dispositivas. En forma complementaria al principio precedente, la Corte ha explicado que las normas, usos y costumbres de los pueblos indígenas priman sobre las normas legales

nacionales de naturaleza dispositiva. Para la Corte, “esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas”⁴².

g. Necesidad de adoptar un enfoque casuístico que responda a las especificidades de cada caso concreto para identificar los límites a la autonomía y jurisdicción indígena. A lo largo de su jurisprudencia sobre este tema, la Corte Constitucional ha enfatizado la necesidad de adoptar un enfoque analítico casuístico, esto es, que preste cuidadosa atención a las particularidades y especificidades de cada caso individual, para efectos de identificar, en las circunstancias de ese caso concreto, los límites constitucionales al ejercicio de la jurisdicción indígena. En la sentencia C-139 de 1996⁴³, esta Corporación precisó que tal aproximación casuística se basa en el principio de equidad:

“La necesidad de un paradigma interpretativo fundado en la equidad en los casos relativos a la diversidad étnica y cultural.

La sopesación de los principios mencionados, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas (...) resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. (...) El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la ‘justicia del caso concreto’ de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo

en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.”

En la misma línea, en la sentencia T-048/0244 la Corte recordó que en la jurisprudencia constitucional se habían establecido “reglas de interpretación que recuerdan a los jueces la necesidad de detenerse, en cada caso concreto en los rasgos característicos de la comunidad indígena a la que pertenece el individuo que demanda protección, para marcar la diferencia que es dable establecer entre la comunidad y sus integrantes, porque a mayor grado de conservación cultural mayor es el vínculo de los individuos con las decisiones colectivas, y mayor es la autonomía que requieren sus autoridades para tomar decisiones, las que, a su vez, no pueden quebrantar los derechos individuales fundamentales, en cuanto éstos conforman ‘(...) el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares (...)’”.

5.6. Mandatos constitucionales de imperativo cumplimiento y límites identificados por la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

5.6.1. Límites establecidos por el consenso mínimo intercultural.

Al analizar la tensión constitucional existente entre los principios de diversidad étnica y cultural y de vigencia y primacía de los derechos fundamentales, esta Corporación ha identificado una serie de mandatos constitucionales que componen el “mínimo intercultural”, y que deben ser respetados en todo caso por las autoridades de los pueblos indígenas del país cuando ejerzan su jurisdicción propia. Al respecto, en la sentencia T-254 de 199445 se explicó el fundamento de este primer límite al ejercicio de la jurisdicción propia:

“10. Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal. Esta paradoja ha dado lugar a un candente debate filosófico sobre la vigencia de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales.

Reflexiones como la de Agnes Heller conducen a rechazar el relativismo ético extremo. Para esta autora, el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los

parámetros valorativos de las diversas culturas, y obliga a propender por un relativismo moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, salvo los casos en que ésta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona. La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos que, según Bobbio, constituyen 'la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del consensus omnium gentium sobre un determinado sistema de valores'.

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

En igual sentido, en la sentencia T-349 de 199646 se continuaron precisando los fundamentos de tal mínimo intercultural a la luz del artículo 246 Superior:

"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 al a 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 indígena, 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.

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

(...) 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.

(...) 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.”⁴⁷

Más recientemente, en la sentencia T-514 de 200948 la Corte precisó el alcance de los límites planteados por los derechos humanos al ejercicio de la jurisdicción indígena, distinguiendo entre un “núcleo duro” de derechos humanos que conforman el mínimo

intercultural, y el resto de los derechos humanos protegidos por la Constitución que deben ser materia de un juicio de ponderación en cada caso concreto:

“5.1. El artículo 246 constitucional prevé la existencia de una Jurisdicción Especial Indígena. Al analizar el alcance de la disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996 determinó que su contenido normativo comprende: (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de establecer y/o conservar normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y a la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación inter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (vi) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la Ley mencionada.

Si bien la disposición citada se refiere a la Constitución y la Ley como límites a la Jurisdicción Especial Indígena, esta Corporación ha precisado, desde tempranos pronunciamientos, que la autonomía no puede ser restringida a partir de cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano retórico: (...)

5.2. En virtud de este principio, los límites a la autonomía sólo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible: el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente en materia penal. (...)

(...) 5.4. Finalmente, la Corte Constitucional ha considerado que los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades (...).

De lo expuesto podría concluirse que los límites están dados, en primer lugar, por un ‘núcleo duro de derechos humanos’, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias, Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos

de las comunidades.

En ese plano, el ‘núcleo duro’ es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos⁴⁹.

Los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de ‘maximización de la autonomía’.

Estos ejercicios de ponderación pueden ser de gran complejidad, pero el amplio desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia permite, mediante la técnica de la reiteración, establecer soluciones adecuadas siempre que las subreglas jurisprudenciales se apliquen teniendo en cuenta cada contexto cultural específico.

Pero, si bien debe reconocerse que en determinadas circunstancias los derechos fundamentales individuales pueden imponer límites a los derechos de las comunidades, debe tenerse presente también que la Corte Constitucional considera que existen ámbitos de la autonomía en los que la intervención externa es especialmente nociva y, en consecuencia, lo más indicado por parte del juez constitucional es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres.”

5.6.2. Límites establecidos por prohibiciones y mandatos constitucionales expresos

La Carta Política también establece algunos mandatos y prohibiciones expresos que han sido aplicados por la Corte Constitucional a casos concretos de ejercicio de la jurisdicción indígena; así ha sucedido con la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua o confiscación (art. 38, C.P.)⁵⁰, y con el mandato de respeto por las formas propias

de cada juicio según el ordenamiento indígena del que se trate (art. 246, C.P.)⁵¹.

5.6.3. El debido proceso en materia punitiva y sancionatoria: referentes constitucionales obligatorios para las autoridades indígenas.

Teniendo en cuenta el mandato expreso del artículo 246 Superior, según el cual las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios “de conformidad con sus propias normas y procedimientos”, la Corte ha explicado que “cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso”⁵². En igual línea, la Corte ha resumido en términos generales los contenidos mínimos del derecho fundamental al debido proceso que deben ser respetados por las autoridades indígenas, así:

“4.1. La Constitución Política es clara en señalar en su artículo 246, el derecho que tienen las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales, la cual puede operar en su ámbito territorial y de conformidad con sus usos y costumbres siempre y cuando estos no contraríen a la Constitución y la ley.

(...) 4.2. Recordemos que el derecho al debido proceso encuentra sustento en varias normas de la Carta Política, siendo el artículo 29 el que de manera expresa dispone los lineamientos esenciales del mismo. Según el contenido del artículo 29 Superior, todas las personas cuentan con unas condiciones sustanciales y procedimentales mínimas las cuales garantizan la protección de sus derechos e intereses, así como también permiten la efectividad del derecho material, y ciertamente cuando la norma hace referencia a todas las personas, incluye a aquellas que deben ser juzgadas por jurisdicciones especiales, incluida la indígena.

[corte cita C-107/04] (...)

Consecuencia del respeto al debido proceso, es que quienes hagan parte de un proceso de orden administrativo o judicial, que se surta en cualquier jurisdicción, podrán, en defensa de sus intereses particulares, participar activamente en el mismo, exponiendo sus argumentos, aportando las pruebas que consideren pertinentes, controvirtiendo las que aporte su contraparte y sometiendo de manera respetuosa a las decisiones que dicte el juez.

4.3. De la misma forma, en el trámite de los procesos penales iniciados en la jurisdicción indígena, las personas acusadas pueden igualmente acceder de manera directa al proceso, interviniendo y haciendo uso de las herramientas de defensa que, según los usos y costumbres establecidos por su comunidad, le aseguran una plena participación en dicho proceso. Asimismo, puede ser asistido o respaldado por todas aquellas personas o rituales que dentro de su comunidad, se han establecido como 'herramientas procesales adecuadas' para garantizar el ejercicio legítimo de su derecho de defensa. (...)

De esta manera, las garantías constitucionales al debido proceso y de defensa hacen parte integrante tanto de los procesos que se siguen por las autoridades nacionales como por aquellas autoridades que tienen una jurisdicción especial.”⁵³

Sin perjuicio de lo anterior, en atención a los mandatos constitucionales de preservación de la diversidad étnica y cultural y de atribución de funciones jurisdiccionales propias a las autoridades indígenas, la Corte Constitucional ha dotado, en su interpretación, de un contenido propio y específico a las distintas garantías constitutivas del debido proceso que deben ser respetadas en el ámbito de la jurisdicción indígena, como se explica a continuación.

5.6.3.1. Legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas, entendida como un requisito de internalización y predecibilidad. Presunción de legalidad.

En primer lugar, la Corte Constitucional ha resaltado la importancia medular del respeto por el principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas al interior de los ordenamientos jurídicos indígenas, pero entendiendo tal principio de legalidad como un requisito mínimo de previsibilidad en las actuaciones de las autoridades propias, aunado a un requisito de internalización de las prohibiciones, sanciones y procedimientos por parte de los miembros de la comunidad o pueblo indígena correspondiente. Sobre el particular, la primera sentencia de la Corte en abordar el tema explicó:

“(…) A este conjunto de derechos [constitutivos del mínimo intercultural] 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.”⁵⁴

El alcance de este requisito de predictibilidad fue precisado adicionalmente en la sentencia T-552 de 200355, en la cual se explicó:

“Otro problema que, particularmente en materia penal, se suscita en torno a la jurisdicción indígena, tiene que ver con el principio de legalidad, que ha sido destacado por la Corte como una de aquellas garantías intangibles, cuyo respeto obedece a un consenso intercultural. Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce como predecibilidad. En principio, ello remite a la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideran ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál el tipo y el rango de las sanciones. Sin embargo, esa predecibilidad, que podríamos llamar específica, puede dar paso, en ciertos casos, a una predecibilidad genérica, en razón de la

situación de transición que comporta el reciente reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y el proceso de reafirmación de su identidad cultural que se produjo a raíz de la Constitución de 1991. De este modo la previsibilidad estaría referida a la ilicitud genérica de la conducta, la existencia de autoridades tradicionales establecidas y con capacidad de control social, un procedimiento interno para la solución de los conflictos y un concepto genérico del contenido de reproche comunitario aplicable a la conducta y de las penas que le puedan ser atribuidas, todo lo cual debe valorarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este caso, en el extremo, una garantía del principio de legalidad estaría, desde el punto de vista orgánico, en el juzgamiento por autoridad previamente constituida; desde la perspectiva procesal, conforme a prácticas tradicionales que garanticen el derecho de defensa, y desde la sustantiva, por la ilicitud de la conducta de acuerdo con criterios tradicionales generalmente aceptados. Adicionalmente, el principio de legalidad contaría con una garantía externa, referida a la razonabilidad y la proporcionalidad de la pena que, en el extremo, no podría resultar contraria a la garantía de los derechos fundamentales que como un mínimo común se aplican a todos los colombianos. Esta última condición exigiría una comparabilidad, de lo que en principio se ha afirmado como diverso, y plantea, desde esa perspectiva, un problema de difícil solución. Sin embargo, debe analizarse dentro de los límites de lo interculturalmente tolerable. La jurisprudencia, ha aceptado, por ejemplo, el castigo corporal, que constituye práctica tradicional en ciertas comunidades, y que no es comparable en términos del ordenamiento jurídico nacional, porque obedece a patrones culturales distintos. En todo caso, el ejercicio de la jurisdicción especial debe desenvolverse con sujeción a los principios intangibles contenidos en la Constitución y en la ley, cuya garantía, en el extremo, corresponde al juez constitucional.”

Reiterando la aplicabilidad de este requisito, en la sentencia T-514 de 200956 se precisó que “el carácter previsible de las decisiones de las autoridades indígenas debe evaluarse, empero, manteniendo presente la existencia de dos limitaciones: en primer término, las prácticas regulativas de buena parte de las comunidades indígenas se encuentran en estado de reconstrucción desde la expedición de la Constitución Política de 1991⁵⁸; de otro lado, la exigencia de previsibilidad no puede implicar la petrificación de las instituciones de las comunidades (...).” De igual manera, en la sentencia T-523 de 199759 se indicó que “el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas

y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social”60.

En relación con el requisito de legalidad en tanto previsibilidad de la actuación de las autoridades tradicionales, la Corte Constitucional también ha precisado recientemente que si la parte afectada no invoca en sede de tutela una irregularidad en el procedimiento a la luz del derecho propio, no compete al juez de tutela, ni a la Corte Constitucional, entrar a analizar ni cuestionar tal procedimiento en su validez; como tampoco le compete buscar oficiosamente ni declarar irregularidades procesales no alegadas por las partes. En otras palabras, la jurisprudencia constitucional ha establecido una presunción de hecho con respecto al requisito de legalidad de las actuaciones de las autoridades indígenas, cuyas decisiones y actos se presumen ajustadas al derecho propio del pueblo indígena correspondiente, salvo que se alegue expresamente lo contrario. En este sentido, en la sentencia T-903 de 2009 la Corte señaló:

“Como es obvio, el principio de maximización de la autonomía, y el interés por lograr que los conflictos originados dentro de una comunidad indígena se solucionen al interior de ésta (criterio sentado con especial fuerza en las sentencias T-1234 de 2008 y T-514 de 2009), no corresponde a esta Sala entrar a cuestionar el papel de la equidad dentro del derecho propio, salvo que la parte afectada expresara su inconformidad con su utilización, en el sentido de ser sorprendida por un mecanismo ajeno a la tradición cultural de la comunidad, minando la previsibilidad de la decisión.

Esta consideración no tiene el alcance de establecer un requisito argumentativo formal en cabeza del o la peticionaria en un caso determinado. Simplemente, significa que la decisión de una autoridad indígena previamente constituida y competente, se presume ajustada a derecho, en virtud del respeto por la autonomía de las comunidades étnicas, salvo que los afectados la cuestionen en sede de tutela, pues no corresponde a las autoridades jurisdiccionales nacionales (incluida esta Corte) desconocer oficiosamente esas decisiones.”

La jurisprudencia constitucional también ha resaltado expresamente el requisito de la

legalidad de las penas impuestas por las autoridades indígenas, bajo igual parámetro de predecibilidad e internalización de la prohibición por los sujetos del proceso sancionador⁶¹, pero siempre en el marco del respeto por la autonomía de las autoridades indígenas para la graduación e imposición de las penas correspondientes bajo su ordenamiento ancestral⁶².

5.6.3.2. Respeto por la presunción de inocencia. Durante el desarrollo de procesos punitivos, las autoridades indígenas deben respetar la presunción constitucional de inocencia que ampara a los acusados; esto implica que la culpabilidad individual debe ser establecida a través de los materiales probatorios que las autoridades ancestrales consideren relevantes y suficientes, y también implica que no son admisibles las decisiones adoptadas en forma arbitraria y sin un mínimo respaldo en evidencias que acrediten la responsabilidad individual.⁶³

5.6.3.3. Garantía del derecho de defensa. En repetidas oportunidades la Corte Constitucional ha exigido que en el ejercicio de la jurisdicción propia, las autoridades tradicionales indígenas deben respetar plenamente el derecho fundamental de defensa de las personas sujetas a procesamiento punitivo, que implica su derecho a intervenir en el curso del proceso en defensa de sus intereses⁶⁴. Ahora bien, dadas las especificidades socioculturales de los pueblos indígenas colombianos, en cuyas cosmovisiones y ordenamientos culturales se atribuye una importancia diferenciada a lo colectivo, la Corte Constitucional ha admitido que en casos concretos tal derecho de defensa sea ejercido por los familiares de la persona que está siendo procesada⁶⁵. También en atención a la diversidad sociocultural que caracteriza al país, la Corte ha admitido que dicha defensa no tiene que ejercerse necesariamente a través de un abogado defensor, cuya presencia no constituye por ende un requisito obligatorio para el procesamiento punitivo de personas por la jurisdicción indígena.⁶⁶

5.6.3.4. Proscripción de la responsabilidad objetiva y principio de culpabilidad individual. La jurisprudencia constitucional también ha exigido que las decisiones punitivas de las autoridades indígenas se basen en una determinación de la responsabilidad o culpabilidad individual, prohibiendo así la imposición de responsabilidad objetiva en este ámbito.⁶⁷

5.6.3.5. Garantía del principio de non bis in idem. Las autoridades tradicionales indígenas también deben abstenerse de sancionar dos veces a una persona por una misma conducta proscrita bajo sus ordenamientos ancestrales.⁶⁸

5.6.3.6. No obligatoriedad de la segunda instancia. Ante la jurisdicción indígena no es obligatorio garantizar la segunda instancia frente a las decisiones sancionatorias, según lo ha admitido la jurisprudencia constitucional, dado que en el marco de los ordenamientos ancestrales indígenas existen autoridades cuyo rango sociocultural excluye la impugnación de sus decisiones.⁶⁹

5.6.3.7. Proporcionalidad y razonabilidad de las penas. La jurisprudencia de esta Corte ha señalado que además de las prohibiciones constitucionales expresas de cierto tipo de penas (como las de destierro, tortura⁷⁰, etc.), las autoridades tradicionales indígenas no pueden imponer sanciones o penas que resulten desproporcionadas ni irrazonables; y ha explicado a este respecto que son desproporcionadas, por ejemplo, las penas que trasciendan a la persona del infractor, que afecten su mínimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural.⁷¹

6. Examen del caso concreto.

Para efectos de dar respuesta al problema jurídico planteado por la demanda, la Corte procederá en el siguiente orden: (1) se verificará la procedencia formal de la acción de tutela de la referencia, (2) se constatará sumariamente la competencia de las autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en este caso, (3) se verificará si -como cuestiona el demandante- la autoridad que impuso la sanción tenía competencia para hacerlo, (4) se verificará si se siguieron los pasos establecidos en el derecho ancestral para realizar este tipo de procedimientos, (5) se establecerá si presenta problemas constitucionales el recurso a las figuras del derecho penal nacional por los sistemas jurídicos indígenas, y (6) se determinará si se respetó el derecho de defensa del actor en este caso.

6.1. Procedencia formal de la acción de tutela en el caso presente. Al haberse dirigido la acción de tutela que se revisa contra las autoridades tradicionales de la comunidad indígena de Cristianía con ocasión de las decisiones sancionatorias y el procesamiento punitivo que éstas desarrollaron, la Corte considera que dicha acción es procedente, en aplicación de las pautas jurisprudenciales descritas con anterioridad. En efecto, frente al Consejo de Conciliación y Justicia, el Gobernador y el Vicegobernador, y la Asamblea de la Cristianía, los miembros de la comunidad se encuentran en una situación de subordinación y especial sujeción, sin posibilidad ulterior de controvertir las decisiones adoptadas por estas máximas

instancias de la jurisdicción propia. Por lo tanto, dada la situación de indefensión en la que podrían encontrarse los tutelantes, es procedente la acción de amparo constitucional de la referencia.

6.2. Constatación sumaria de los factores que activan la competencia de la jurisdicción indígena en el caso presente. Si bien no es un asunto que esté en controversia en el caso presente, la Corte considera pertinente confirmar en forma muy breve que estaban dados los factores que activaban la competencia de la jurisdicción indígena para conocer de este caso. En efecto, (1) está presente el factor personal o subjetivo, puesto que quienes fueron acusados, procesados y sancionados por el hecho punible de haber conspirado para atentar contra el Gobernador de la comunidad eran ambos miembros del pueblo Embera-Chamí y de la comunidad de Cristianía; (2) está presente el factor territorial, ya que según la confesión de uno de los propios implicados, los hechos tuvieron lugar dentro del resguardo indígena de Cristianía; (3) está presente el factor orgánico o institucional, puesto que no hay duda de que en el resguardo de Cristianía existen autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales que permiten inferir con claridad, tanto la existencia de un poder de coerción social en cabeza de las autoridades ancestrales y de las autoridades constituidas en el resguardo, como un concepto no sólo genérico sino significativamente consolidado de la nocividad social de ciertas conductas; y (4) está presente el factor objetivo, puesto que las supuestas tratativas realizadas entre los procesados se dirigían a atentar contra la integridad del gobernador indígena. Al estar dados simultáneamente los cuatro factores que activan la competencia de la jurisdicción indígena, para la Corte es claro que ésta era la constitucionalmente habilitada para conocer de los hechos punibles supuestamente cometidos por los miembros de la comunidad.

6.3. Verificación de las irregularidades procesales invocadas en la acción de tutela que se revisa.

En aplicación de las pautas jurisprudenciales reseñadas anteriormente, en especial del principio de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas y de la presunción de ajuste al derecho propio de sus actuaciones, la Corte Constitucional únicamente examinará aquellas irregularidades procesales expresamente invocadas por el actor, sin efectuar una revisión oficiosa del procedimiento seguido en el caso concreto por las autoridades tradicionales del resguardo de Cristianía, a saber: (a) la incompetencia de la

autoridad que impuso la sanción, (b) la no realización de las etapas de investigación y conciliación en su proceso punitivo, (c) la aplicación de una figura propia del derecho penal nacional, y (d) la falta de garantía del derecho de defensa.

6.3.1. La competencia de la autoridad que impuso la sanción en el caso presente. El demandante alega, en primer lugar, que no se siguió el debido proceso acorde con el derecho propio de la comunidad de Cristianía, porque la decisión de sancionar a Vicente de Jesús Cértiga y Rafael Cértiga fue adoptada por el Vicegobernador del Resguardo, y no por el Consejo de Conciliación y Justicia, como dispone el Sistema de Justicia Propia de la comunidad. Observa la Corte que este alegato carece de sustento fáctico, puesto que como se señaló en el capítulo 2 de esta Sección, la decisión de sancionar a ambos miembros de la comunidad fue adoptada por el Consejo de Conciliación y Justicia, y no por el Vicegobernador.

(i) Sí se surtió una fase investigativa, ya que a partir de la denuncia realizada por los señores José Iván y Reinaldo Cértiga en la reunión de la junta directiva del cabildo del 4 de enero de 2010, las autoridades de Cristianía resolvieron abrir dos procedimientos separados -uno atinente a las acusaciones de jaibanismo dirigidas por los familiares de los señores Cértiga, y otro referido al supuesto plan de Rafael Cértiga de atentar contra las autoridades del resguardo-. Como parte del segundo procedimiento, y en una clara iniciativa de investigación de los hechos, las autoridades convocaron a una audiencia para el 8 de enero con el objeto de escuchar a los implicados. Las medidas punitivas adoptadas se basaron en la confesión realizada por Rafael Cértiga durante tal reunión de los líderes de la comunidad del 8 de enero de 2010, en la cual admitió que sí había gestado un plan para atentar contra las autoridades del resguardo. Durante esta reunión de líderes intervinieron tanto los imputados como varios miembros de la comunidad. De manera tal que para la Corte sí se surtió una etapa investigativa, durante la cual las autoridades propias del resguardo de Cristianía recabaron la información que consideraron suficiente y necesaria para llegar a una determinación en este caso particular. La Corte no considera procedente exigir que durante los procesos punitivos adelantados por las autoridades indígenas en ejercicio de su jurisdicción propia se surtan etapas procesales idénticas, o siquiera comparables a las que se llevan a cabo en un proceso penal corriente ante la jurisdicción nacional; exigir tal parámetro procesal equivaldría a desconocer abiertamente la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas y tribales, reconocida expresamente por la Constitución Política.

(ii) La reunión de líderes y miembros de la comunidad realizada el 8 de enero de 2010 cumplió con las funciones propias de una conciliación, en la medida en que allí estuvieron presentes no solo los acusados sino también la supuesta víctima de los planes de atentado por ellos realizados - a saber, el Gobernador, quien dijo expresamente que no guardaba rencor contra estos individuos, pese a lo cual las autoridades del resguardo resolvieron proseguir con el proceso. Al igual que con la fase de investigación, para la Corte es claro que no es procedente exigir que durante los procedimientos realizados ante la jurisdicción indígena se surtan etapas procesales iguales, similares o comparables a las de un proceso penal ordinario; en consecuencia, no es exigible a las autoridades de Cristianía realizar una audiencia de conciliación con las especificidades técnicas de esta instancia procesal bajo las leyes nacionales. Como lo señala acertadamente el Director de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, para la comunidad de Cristianía la conciliación equivale a un diálogo con las autoridades en el seno de la comunidad, que cumple una finalidad restauradora colectiva - actuación que claramente se llevó a cabo en el proceso bajo examen.

Por las anteriores razones, en este caso no es claro ni protuberante que las autoridades indígenas de Cristianía hubiesen desconocido lo dispuesto en su Sistema de Justicia Propia, por lo cual no se ha desvirtuado la presunción de ajuste al derecho tradicional de sus actuaciones en este caso concreto. Al contrario, para la Corte resulta razonable concluir que sí se surtieron las fases de investigación y conciliación, con las especificidades predicables de la jurisdicción autónoma de este resguardo Embera-chamí.

6.3.3. El recurso a las figuras del derecho penal nacional por las autoridades del resguardo de Cristianía. Se alega en la demanda de tutela que los imputados no fueron sancionados conforme al sistema de justicia tradicional de la comunidad de Cristianía, sino conforme al Código Penal nacional, por lo cual en su concepto se violó su derecho al debido proceso.

Sobre el particular, la Corte considera procedente realizar tres precisiones. Primero, en términos generales, entra dentro del ámbito de la autonomía propia de la jurisdicción indígena el definir cuál es el derecho propio aplicable al procesamiento punitivo de las personas; si tal derecho propio incluye figuras transferidas del Código Penal nacional, ello resulta plenamente acorde con la Constitución Política en la medida en que las propias autoridades indígenas lo invoquen en tanto derecho aplicable al caso. Por virtud de los principios constitucionales de maximización de la autonomía y minimización de las

restricciones, no compete al juez de tutela controvertir cuál es el derecho propio aplicable a un caso concreto por las autoridades indígenas. En otras palabras, en este caso formaba parte del ámbito constitucionalmente protegido de autonomía de las autoridades indígenas de Cristianía el definir, si ello resultaba acorde con sus costumbres y su derecho propio, cuál era la figura punitiva (tipo penal) bajo la cual procesarían a los señores Cértiga - y en este caso optaron por la figura del concierto para delinquir, sin que al hacerlo se hayan lesionado intereses o valores constitucionales de jerarquía superior al de la protección de la diversidad cultural. Los pueblos indígenas del país pueden recurrir, si así lo consideran culturalmente adecuado, a las figuras penales codificadas en las leyes nacionales, en la misma medida en que pueden emprender autónomamente proyectos de codificación sobre la base de un modelo occidental (no indígena) de "código", o en la misma medida en que históricamente se han apropiado de rasgos e instituciones culturales hispánicas (el fueite, el cepo, el gobernador, el cabildo, el consejo, etc.), reinterpretándolos según su cosmovisión propia y dotándoles de un sentido cultural distintivo, sin que se pueda afirmar que ello viola disposición alguna de la Carta Política.

Segundo, ha de recordarse a este respecto que en lo tocante a la jurisdicción indígena, la jurisprudencia constitucional no ha exigido nociones estrictas de legalidad o tipicidad de las conductas - a la manera del derecho penal nacional-, sino que ha requerido que exista un mínimo de predecibilidad en cuanto a la aplicación del derecho propio y de internalización de las prohibiciones por parte de los miembros del pueblo respectivo. En este caso concreto, por el contexto mismo en el que surgieron tanto las acusaciones como la confesión y demás incidencias procesales, resulta claro que tanto Vicente de Jesús Cértiga como Rafael Cértiga tenían claramente internalizado el carácter prohibido de sus conductas -v.g. planear atentados y amenazas contra las autoridades del resguardo-.

Tercero, cobra relevancia en este punto la caracterización sociojurídica detallada que hizo el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia sobre el sistema jurídico propio de la comunidad de Cristianía, a pedido de la Corte Constitucional. Dicho concepto técnico rescata la complejidad histórica, antropológica y social del proceso de consolidación y desarrollo del derecho propio de Cristianía, subrayando aspectos clave del mismo tales como la incorporación del derecho no indígena, su coexistencia problemática con los sistemas ancestrales de administración de justicia y control social basados en los liderazgos familiares y el jaibanismo, o su carácter inacabado en tanto proceso. Este contexto socio-cultural

provee una razón adicional para que el juez de tutela no pueda exigir una noción estricta de tipicidad o adecuación típica de las conductas, sea al derecho penal nacional o a las figuras del derecho propio de la comunidad; por el contrario, el enfoque del examen judicial ha de centrarse en la internalización de la prohibición de la conducta realizada por parte de los sujetos que fueron objeto del proceso punitivo, lo cual quedó demostrado sin lugar a dudas en el presente expediente. Si bien el “Dachi Código” no tipifica el concierto para delinquir, tanto Vicente Cértiga como Rafael Cértiga eran plenamente conscientes de que actividades tales como realizar y difundir panfletos amenazantes contra las autoridades del resguardo, o planear atentados contra su vida o integridad, eran conductas proscritas bajo el derecho del resguardo de Cristianía y bajo el derecho penal nacional, lo cual salta a la vista luego de una revisión de las constancias escritas de las reuniones comunitarias y de líderes en las que tuvieron lugar estas confesiones y acusaciones.

Finalmente, el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia resalta en su dictamen que el recurso a la figura del “concierto para delinquir” lo hicieron las autoridades del resguardo, no al momento de imponer la sanción, sino al momento de remitir a los imputados a la cárcel del municipio de Andes, puesto que las autoridades municipales y penitenciarias exigían a las autoridades indígenas, en los documentos de remisión de los reos, indicar cuál era el delito por el cual se les había condenado. Es decir, se trataría de la traducción de una falta que está proscrita e internalizada en el derecho propio de la comunidad de Cristianía, traducción que era un requisito obligatorio para poder trasladar a los señores Cértiga a la cárcel no indígena. También se indica en este dictamen antropológico que el recurso a la figura del concierto para delinquir surgió como producto de un choque de racionalidades en el curso de un proceso de escritura de la tradición marcado por la referencia al derecho no indígena y por su carácter inacabado.

Para la Corte resulta claro que el requisito de internalización de la prohibición y predecibilidad de la reacción punitiva de las autoridades indígenas está cumplido en el presente caso, puesto que los señores Rafael y Vicente Cértiga eran plenamente conscientes del carácter prohibido de sus conductas.

6.3.4. Garantía del derecho de defensa. Por último, no asiste razón al accionante cuando afirma que no fue garantizado el derecho de defensa de los imputados, por cuanto está demostrado en el expediente que éstos pudieron participar personalmente de las distintas

etapas procesales, especialmente de la reunión de líderes y miembros de la comunidad realizada el 8 de enero de 2010; precisamente fue en virtud de las acusaciones recíprocas y la confesión que tuvo lugar en esta audiencia que los imputados fueron detenidos y sancionados por las autoridades del resguardo, por lo cual es contrafáctico afirmar que no tuvieron oportunidad de ejercer su defensa en debida forma. Como se explicó, la jurisprudencia constitucional ha aceptado que en los procesos que se surten ante la jurisdicción indígena no es necesario que los acusados estén asistidos por un abogado defensor; en este caso no lo estuvieron, y pudieron ejercer su intervención y defensa en forma personal ante las propias autoridades del resguardo.

6.4. Conclusión.

Por las razones precedentes, la Corte concluye que no se verificaron en el caso concreto las irregularidades procesales invocadas en la acción de tutela. En tal medida no se demostró que se hubiese violado el derecho al debido proceso por las autoridades indígenas del resguardo de Cristianía en el procesamiento de los señores Rafael Cértiga y Vicente de Jesús Cértiga. En tal medida, la Corte confirmará la decisión del juez de tutela de primera instancia que se revisa, que denegó el amparo de la referencia, pero por los motivos expresados en la parte motiva de la presente sentencia.

III. DECISION

En mérito de lo anterior, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia del 8 de febrero de 2010 dictada por el Juzgado Promiscuo Municipal de Jardín (Antioquia), que DENEGÓ la acción de tutela de la referencia, por las razones y fundamentos consignados en la parte motiva del presente fallo.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ANEXO I

NORMAS RECTORAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PROPIA DEL RESGUARDO INDIGENA DE CRISTIANIA DEL PUEBLO EMBERA-CHAMI, APORTADAS POR EL PETICIONARIO

El demandante en el presente proceso de tutela adjuntó a su demanda inicial copia de dos documentos contentivos de las normas que rigen el sistema de justicia propia del resguardo indígena de Cristianía del pueblo Embera-Chamí. A continuación, por su relevancia para la presente decisión, se transcribe el contenido de dichos documentos.

I. “SISTEMA DE JUSTICIA PROPIA DE LA COMUNIDAD DE CRISTIANIA”

“RESGUARDO INDIGENA CRISTIANIA

JARDIN ANTIOQUIA

Entidad de carácter especial

NIT 800224198-3

RESUMEN:

EL CABILDO CONTINUARA SOLUCIONANDO LOS CASOS LEVES O MEDIANOS, A TRAVES DE LA VICE GOBERNADORA

Y PARA SOLUCIONAR LOS CASOS GRAVES SE CONFORMARA UN CONSEJO DE CONCILIACION Y JUSTICIA CONFORMADO POR LA VICEGOBERNADORA Y CUATRO CONSEJEROS ELEGIDOS POR LA COMUNIDAD

EL GOBERNADOR, EL SECRETARIO, EL FISCAL Y EL SECRETARIO (sic) NO INTERVENDRAN EN LAS DECISIONES DE ESTE CONSEJO

ANTES DE SANCIONAR SE DEBE INTENTAR LA CONCILIACION

LA SANCION DE CARCEL SE APLICARA COMO ULTIMO RECURSO, Y SE CUMPLIRA EN JARDIN O EN ANDES

QUIÉN ADMINISTRA JUSTICIA

1. Las faltas o errores que cometan los compañeros o compañeras en la Comunidad Embera Chamí de Cristianía serán investigadas y solucionadas por el CABILDO cuando sean problemas o casos leves o medianos
2. Los casos o situaciones graves serán solucionadas por un CONSEJO DE CONCILIACION Y JUSTICIA
3. Si por cualquier circunstancia la comunidad considera que una falta no puede resolverse al interior del territorio indígena, puede enviarse el caso a la Fiscalía y los Jueces para su investigación y juzgamiento.

CÓMO TOMARÁ LAS DECISIONES EL CABILDO

4. El Cabildo tomará sus decisiones de acuerdo a como tradicionalmente lo ha venido haciendo. Uno de los miembros del Cabildo tendrá a cargo la función del control social, quien será la persona encargada de adelantar las conciliaciones, de realizar las investigaciones, de

efectuar capturas, de ordenar la detención preventiva en cárcel, de aplicar las sanciones para faltas leves o medianas, incluyendo la sanción de calabozo, de vigilar que las sanciones se cumplan, etc.

Estas funciones serán competencia de la vice gobernadora, o de quien haga sus veces. Pero esta puede pasar el caso al Consejo de Conciliación y Justicia cuando lo considere conveniente.

La relación con los centros carcelarios, es decir, las boletas de detención y de libertad, sólo pueden hacerse con la firma de la vice gobernadora

QUÉ ES Y QUÉ FUNCIONES TIENE EL CONSEJO DE CONCILIACION Y JUSTICIA

5. El Consejo de Conciliación y Justicia estará conformado por la vice gobernadora y por cuatro consejeros o consejeras escogidos por la comunidad. Los consejeros deben ser personas de ética (reservados en sus asuntos), tener actitud neutral frente a sus familias, tener un mínimo de preparación académica y no tener antecedentes.

6. Estas cuatro personas serán escogidas para un período de un año, podrán ser reelegidos y pueden ser cambiados en cualquier tiempo, según la evaluación que haga la Asamblea General, cuando cometan faltas graves.

7. La vice gobernadora será la representante del Cabildo en el Consejo, y lo coordinará. Por tanto, el gobernador y los demás cabildantes no pueden participar en las decisiones del Consejo, aunque pueden ser invitados a dar sus conceptos. Tampoco podría el Gobernador o el Cabildo cambiar las decisiones del Consejo.

8. Los cuatro consejeros recibirán una bonificación de un jornal por cada día de trabajo. El Cabildo incluirá cada año, en el convenio de ejecución de las transferencias por Ingresos Corrientes de la Nación (ICN) el presupuesto necesario para bonificar a estos compañeros, haciendo oportunamente los desembolsos bimestrales respectivos. El Ministerio de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura deben apoyar el funcionamiento del Consejo. Se propone que haya un Fondo o una Cuenta especial para la justicia, donde se manejen los recursos de ICN, recursos del Estado, multas, impuestos a establecimientos, etc.

9. El Consejo trabajará los dos primeros meses dos (2) días a la semana, con el fin de atender

los casos nuevos y solucionar los expedientes devueltos al Cabildo por la Fiscalía Local y el Juez Promiscuo de Jardín. Del tercer mes en adelante trabajarán un día cada semana, y de manera extraordinaria cuando se requiera.

10. El consejo buscará que haya la paz entre la comunidad, para lo cual podrá adelantar las acciones que estén a su alcance para conciliar conflictos y prevenir que estos se agraven, y colaborará con el Cabildo en la solución de asuntos relacionados con familia, territorio y jaibanismo.

11. El Consejo de Conciliación y Justicia investigará y decidirá especialmente de los casos de faltas graves, como homicidios, lesiones personales graves, robos, quema de terrenos, daños en fuentes de agua, robo o desvío de los recursos de la comunidad, violación sexual, abandono de niños, maltratos graves al cónyuge, etc.

QUÉ APOYO SE UTILIZARÁ PARA LAS INVESTIGACIONES

12. Para su trabajo, el Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia buscarán el apoyo de Medicina Legal, del Cuerpo Técnico de Investigaciones (CTI) de la Fiscalía General de la Nación y demás entidades oficiales.

13. Cuando se trate de faltas o errores donde estén involucrados aspectos tradicionales de Jai, el Cabildo y el Consejo se asesorarán del estamento de Jaibanás.

14. El Consejo de Conciliación y Justicia puede presentar al Cabildo las solicitudes y propuestas que sean necesarias para el mejor ejercicio de sus trabajos.

CUÁL ES EL PAPEL DE LA ASAMBLEA GENERAL EN EL TEMA DE JUSTICIA

15. Tanto el Cabildo como el Consejo de Conciliación y Justicia deberán informar a la Asamblea General acerca de las investigaciones, procedimientos y decisiones que hayan tomado.

16. La persona sancionada con pena de cárcel debe estar presente ante la Asamblea General para que se le lea la sentencia y la sanción sirva para su propia tranquilidad de conciencia y para ejemplo de la comunidad. Cuando haya conciliación, los jefes de familia de las partes conciliadas también deben presentarse a la Asamblea General, y comprometerse al

cumplimiento.

CÓMO SERÁ LA CAPTURA, LA DETENCIÓN Y LA CONDENA

17. Cuando sea cometida una falta o error grave dentro del territorio indígena, el Cabildo puede proceder a la captura de los implicados, por medio de los alguaciles o solicitando la colaboración de la Policía Nacional.

18. Mientras se adelanta la investigación, los implicados en tales faltas o errores pueden ser detenidos preventivamente dentro de la comunidad, en el local que se destine al efecto, o en la Cárcel Municipal de jardín.

19. El detenido tiene derecho a que en dos (2) meses se le resuelva su situación, o sea, que se le declare inocente o culpable. Si transcurridos los dos meses el Cabildo no ha tomado ninguna decisión, debe ser puesto en libertad, aunque el proceso continúa su curso hasta decidirse.

CUÁNDO PUEDE HABER CONCILIACIÓN Y CÓMO HACER QUE SE CUMPLA

20. Antes de imponer sanciones, el Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia deben procurar que haya una reconciliación entre las partes y sus familias, llegando a unos compromisos y a unas condiciones de cumplimiento.

21. Si la falta que se concilia es motivo para sanción de cárcel, el responsable debe permanecer detenido mientras se paga el valor de la conciliación.

22. En caso de incumplimiento de una conciliación, el Cabildo debe insistir para que ésta se cumpla, pero si el incumplimiento continúa, el Cabildo debe imponer la sanción que corresponda a la falta.

23. No puede haber conciliación en casos de homicidio, violencia sexual y los casos graves de lesiones personales que evalúe el Consejo de Conciliación y Justicia.

24. Cuando por el incumplimiento de una conciliación suceda una venganza, el Consejo determinará si puede haber o no una nueva conciliación.

QUÉ SANCIONES SE PODRÁN IMPONER AL QUE COMETA UNA FALTA

25. Si no es posible la conciliación, se pueden imponer sanciones como las siguientes:

- Amonestación pública en Asamblea General
- Multa
- Inhabilitación para ejercer cargos dentro de la comunidad
- Trabajo comunitario simple
- Trabajo comunitario con dormida en el calabozo
- Calabozo
- Cárcel

26. En ningún caso se podrán imponer penas de muerte, tortura o esclavitud.

27. La sanción de cárcel sólo puede aplicarse como último recurso, según la gravedad del caso.

28. La persona condenada a cárcel queda sujeta al régimen penitenciario nacional, sin perjuicio de los acuerdos especiales a que lleguen el Cabildo con las autoridades carcelarias.

29. Las sanciones de cárcel hasta tres (3) meses pueden ser cumplidas al interior de la comunidad o en la Cárcel Municipal de Jardín. Las sanciones de cárcel que superen los tres (3) meses se cumplirán en la Cárcel Nacional de Andes, de acuerdo con los convenios firmados por el Cabildo con el Alcalde de Jardín y con el Director de la Cárcel de Andes.

30. Cuando se aplique una sanción, también debe decidirse sobre el pago de los gastos y perjuicios que se hayan ocasionado con la falta sucedida.

31. El Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia determinarán en cada caso el tipo de sanción a aplicar, así como la duración de la pena, teniendo en cuenta las pruebas, los antecedentes de la persona, la gravedad del hecho, las secuelas dejadas.

32. El Consejo de Conciliación y Justicia puede revisar las sanciones de cárcel cuando se haya

cumplido la mitad de la condena, y de acuerdo con la evaluación que se haga reducir el tiempo de cárcel o cambiarla por otra sanción.

33. Las penas que se apliquen deben ser justas y equitativas.

34. De todos modos, en caso de homicidio y de violación carnal siempre habrá pena de cárcel.

35. El Cabildo debe adelantar acuerdos con otras comunidades Embera del Departamento para que haya posibilidad de pagar penas fuera de Cristianía.

36. El Cabildo debe adelantar urgente un proyecto para cambiar el calabozo actual por uno de condiciones dignas y seguras, y seguir trabajando con la OIA en las propuestas de centros de rehabilitación.

CÓMO SERÁ LA DEFENSA DEL PROCESADO Y CUÁNDO ACUDIR A LA ACCION DE TUTELA

37. El procesado siempre tiene derecho a defenderse. El Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia deben investigar tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado. La familia del acusado puede intervenir para la conciliación. Se recibirán las declaraciones al procesado y a quienes él indique como testigos.

38. Cualquier miembro de la comunidad de Cristianía puede colocar Acción de Tutela ante los jueces de Jardín o Andes cuando consideren amenazados o violados los derechos fundamentales propios o los de otra persona, en especial:

- Cuando no se permitió ejercer el derecho de defensa
- Cuando hayan pasado dos meses de una detención preventiva, sin que se le resuelva la situación al detenido
- Cuando se viole en forma grave el sistema o procedimiento de justicia propia aprobado por la comunidad
- Cuando ocurrida una falta, el Cabildo se niegue injustificadamente a adelantar la investigación y buscar solución

- Cuando el Cabildo o el Consejo de Conciliación y Justicia demoren injustificadamente en su decisión.

CÓMO DEBE SER LA COLABORACIÓN DE LA COMUNIDAD Y DE LAS FAMILIAS

39. La comunidad, así como tiene el derecho de exigir justicia, también tiene la obligación de colaborar para que ésta se aplique, denunciando las faltas de que tengan conocimiento, facilitando las informaciones que se les requieran, asistiendo a las Asambleas Generales, eligiendo bien a los cabildantes y a los consejeros, visitando y acompañando a los compañeros presos, etc.

40. Las tiendas y establecimientos de venta de bebidas embriagantes deben prestar su colaboración en las medidas de control que adopte el Cabildo, pudiendo ser sancionados por su falta de solidaridad.

41. Las familias del compañero o compañera que haya cometido una falta dentro de la comunidad no debe alcahuetear a su pariente, sino colaborar con la justicia para que el compañero o compañera se corrija. Así mismo, los familiares de una persona sancionada deben ser conscientes que la sanción no es un capricho, sino que a toda la comunidad le duele aplicarla, pero que es necesario hacerlo para la convivencia pacífica y el bien de toda la comunidad.

REGLAS TRANSITORIAS

42. Mientras la comunidad establece los reglamentos respectivos, el Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia tomarán las decisiones que crean convenientes, de acuerdo con los usos y costumbres y con un criterio de justicia y equidad, acerca de las sanciones y la duración de éstas.

43. El Cabildo gestionará con la Organización Indígena de Antioquia (O.I.A.), con el Consejo Superior de la Judicatura y otras entidades el apoyo para el funcionamiento y capacitación de los miembros del Consejo de Conciliación y Justicia.

EL PRESENTE DOCUMENTO FUE APROBADO POR LA ASAMBLEA GENERAL DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 1.998 Y LA REDACCIÓN FINAL SE HIZO EN EL TALLER DEL GRUPO DE COORDINADORES DEL PROYECTO DE CONSTITUYENTE EMBERA DEL 13 DE DICIEMBRE DE

1.998.”

II. “DACHI CODIGO (NUESTRA LEY) 2004”

“RESGUARDO INDIGENA CRISTIANA

JARDIN ANTIOQUIA

Entidad de carácter especial

DACHI CODIGO

(NUESTRA LEY) 2004

CONSEJO DE CONCILIACION Y JUSTICIA

Es un grupo de cinco personas que se encargará de conocer y buscarle solución a los conflictos y faltas graves que ocurran dentro de nuestro territorio, con el fin de garantizar la convivencia pacífica, la justicia y el equilibrio entre la comunidad.

El consejo tendrá autonomía en su trabajo, bajo la coordinación del cabildo, y estará integrado por cuatro consejeros más la vicegobernadora del cabildo.

Los consejeros serán escogidos por la Asamblea General para períodos de un año, reelegibles. Pero cuando trabajen mal, la Asamblea puede destituirlos. Al principio tendrán sesiones dos veces por semana. Y recibirán bonificación de un jornal por cada día trabajado.

El consejo buscará prevenir los conflictos, conciliarlos cuando sea posible y sancionar las faltas. En los casos de jai malo, el consejo consultará a los jaibanás.

Las sanciones pueden ser multas, calabozo, trabajo comunitario o cárcel, según el caso.

Las sanciones de cárcel inferiores a tres meses se cumplirán en Jardín. Las mayores de tres meses, en la cárcel de Andes.

El consejo seguirá conociendo de los casos más leves.

Los derechos fundamentales se protegen mediante acción de tutela.

La defensoría, los juzgados, la procuraduría, los personeros, el alcalde y los directores de las cárceles apoyarán las decisiones que tome el Consejo de Conciliación y Justicia.

Hoy nuestra comunidad se hace realidad un sueño, en donde se hará entre todos para un consenso y búsqueda de una convivencia y tolerancia, donde prime la autonomía de un gobierno propio, con una ley propia, usos y costumbres, que todo esto se hará un avance histórico los emberas chamí y los demás pueblos indígenas y una nueva relación con kapunias (no indígenas). (sic)

Vamos a construir, desde nuestra identidad, una jurisdicción especial bajo la participación de todos, buscamos el fortalecimiento de la unidad, con el perfil de un Gobierno propio, manteniendo el consenso de convivencia pacífica, garantizando los derechos y deberes de las personas.

Lo anterior se convirtió en una realidad en 1998, con la elaboración del Proyecto Constituyente Embera, que en su comienzo se propuso como ley fundamental, con principios filosóficos básicos, políticos y normas de comportamientos y de convivencia social, que permita ejercer la hermandad entre los habitantes.

Mayo 18 de 1998.

RESGUARDO INDIGENA DE CRISTIANIA

JARDIN ANTIOQUIA

2004

Dachi Código está basado de los tantos problemas que surgen en el resguardo, gracias a los líderes de cada estamento pudimos clasificar la siguiente forma.

PROBLEMAS DE LA COMUNIDAD

PROBLEMAS:

- FAMILIARES

- JAIBANISMO Y MALEFICIO

- GOBIERNO Y ADMINISTRACION

- SOCIALES

PROBLEMA DE FAMILIA

- Abandono de hogar

- Abandono de menores

- Atropellos a mujeres

- Violación de menores

- Padres que aceleran la prostitución

- Falta de prevención educativa

- Maltrato a menores

- Violación

ABANDONO DE HOGAR

Si el hombre o la mujer abandona el hogar y se sale del resguardo, el consejo deberá buscar a la persona y citarlo a una reunión de conciliación.

Si el hombre o la mujer permanece en el resguardo, antes de la sentencia deberá ser investigado cada caso de abandono por el consejo de conciliación.

Quien abandone el hogar tendrá que aportar a la familia abandonada la suma de treinta mil pesos por cada hijo y cada mes (\$30.000), esto se aumentará cada año, según el salario mínimo, hasta los 18 años.

¿Qué hacer con el embera que no tenga plata con qué pagar?

NOTA: en caso de que el Consejo de Conciliación no pueda resolver el problema de abandono de hogar el caso será remitido al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF.

Los emberas (hombre mujer) que abandone el hogar, deben responder con trabajo en la propiedad o en la tierra de la familia. El 50% de la producción de la tierra será entregada a la familia abandonada.

Quien no cumpla la sanción será castigado(a) en el calabozo 2 años.

ATROPELLO A MUJERES Y HOMBRES

Atropello verbal (maltratos con palabras)

1. Investigación

2. Conciliación

3. El Consejo de Conciliación analizará la gravedad del caso y será castigado en el calabozo de 1 a 30 días, según la gravedad del caso.

Atropello físico (maltrato físico).

Castigo.

1. Investigación.

2. El maltrato físico será castigado con calabozo de 1 a 3 meses según la gravedad del caso.

- El que ha golpeado deberá pagar el servicio médico.

- Quien maltrate más de una vez a la misma persona se duplicará el castigo.

- Quien después de sancionar a la persona, pida que no cumpla la sanción, será castigado(a) con calabozo de 1 a 3 días.

Atropello a menores de edad (maltrato niño hasta los 15 años).

Los padres que maltratan a los hijos provocan que estos se vayan a trabajar en la prostitución y a su descomposición.

Se castigará a los padres de familia que castiguen a sus hijos con palo, machetes, que traigan consecuencias físicas graves.

Puede ser denunciado por cualquier persona, miembro de la comunidad o instituciones externas a la comunidad.

Según la gravedad del caso será castigado de 8 a 30 días, los padres que maltratan a los menores de edad.

Las personas particulares que maltratan a menores de edad ajenos, serán castigadas en el calabozo de 8 a 60 días, según la gravedad del caso.

VIOLACION CARNAL A MENORES DE EDAD

La violación carnal a menores de edad será castigada, según la gravedad del caso, entre 8 a 15 años, en la cárcel nacional. Para esto es necesario que se coordine con la justicia kapunia la investigación y las pruebas de violación.

VIOLACION CARNAL A MUJERES

1. Investigación.

2. La violación carnal a mujeres será castigada según la gravedad del caso, de 8 a 15 años, en la cárcel nacional kapunia.

PROBLEMAS DE TERRITORIO Y MEDIO AMBIENTE

- CONTAMINACION DE NACIMIENTOS DE AGUA
- QUEMAS INDISCRIMINADAS
- PROBLEMAS DE LINDEROS
- TALA DE LOS ARBOLES
- CONSTRUCCION DE CASA
- CONTAMINACION DE LOS ESPACIOS PUBLICOS

- EXPLOTACION DE MINAS DE ORO
- ADJUDICACION DE PARCELAS Y BIENES DEL RESGUARDO
- CAMBIO Y VENTA DE LOTES EN EL TERRITORIO ADJUDICADO.

CONTAMINACION DE NACIMIENTOS DE AGUA

- Contaminación con desechos químicos, lavada de la fumigadora en nacimientos de aguas, la persona que contamine con desechos químicos o sustancias tóxicas cañadas, nacimientos de agua y afluente del río será sancionado de 1 a 60 días en el calabozo.
- Quien sea sorprendido contaminando los nacimientos de agua, con excrementos humanos sea niño, o adulto será sancionado de 1 a 8 días en el calabozo.

PROBLEMAS POR LINDEROS

Para los dueños de las parcelas las distancias entre los linderos con cultivos será de la siguiente forma.

En café la distancia será 1 metro por lado y lado.

En plátano, yuca, maíz, fríjol la distancia será de 2 metros por cada lado.

Cuando un lindero y este es un camino, (sic) debe existir una distancia de 2 metros por cada lado, la limpia se hará por los dos colindantes y si el lindero es una cañada, a su alrededor debe existir una distancia de 3 metros por cada lado.

La persona que corre el lindero y ocasione problemas con los vecinos la sanción será entre 1 y 30 días según la gravedad del caso.

El consejo debe hacer la inspección ocular en cualquier caso de problema de lindero para poder cerciorar la persona que ocasiona dichos problemas. (sic)

QUEMAS INDISCRIMINADAS

La persona que haga una quema intencional en terrenos del resguardo y cause daños irreversibles con la naturaleza perjudicando los cultivos de las personas.

- La sanción es de 3 a 4 meses siendo el problema leve y el consejo estudiará el caso.
- El consejo hará comprometer en hacer cancelar los daños ocasionados.
- La persona que ocasione quemas en área de reserva la sanción será de 6 meses a 1 año en el calabozo, incluyendo la recuperación del área afectada.

TALA DE ÁRBOLES

Para realizar la tala de los árboles, las personas deben pedir un permiso o certificado al cabildo, con el cual dé el visto bueno y la cantidad a talar de árboles, con lo anterior sin debida consulta no deben cortar árboles y la persona que incumpla este artículo la sanción será de 6 meses a 1 año haciendo la resiembra de los árboles y por cada árbol tumbado deben sembrar 10 árboles de la misma especie y mantenimiento lo debe hacer la misma persona hasta que los árboles se puedan defender solo con multa de (\$50.000) por cada árbol y en una segunda ocasión si es la misma persona la multa se duplicará.

Cada usuario debe tener un semillero o almaciguera hecho antes de tumbar un árbol así se ganará la autorización.

CONSTRUCCIONES DE VIVIENDAS

- En caso de desobediencia e incumplimiento del anterior artículo, la persona será sancionada de la siguiente forma:

1. El consejo de conciliación debe hacer una llamada de atención.
2. La sanción será de 1 a 60 días según la gravedad del caso.

- Cada usuario de las casas debe organizarse por zonas para dar el mantenimiento de las aguas residuales o aguas negras hacia un cauce donde pueda correr libre, para que éstas no estén como aguas perdidas y así contaminando y ocasionando erosiones.

- La persona que desobedezca este artículo será sancionada con una multa de \$12.000.

CONTAMINACION DE LOS ESPACIOS PUBLICOS

- Quien sea sorprendido contaminando los espacios públicos con excrementos humanos será sancionado con 5 días en el calabozo y multa de (\$30.000), este debe ser en efectivo antes de dar la libertad.

- Los establecimientos públicos que existan dentro del resguardo deben mantener baldes para recoger basuras y servicios de baño para evitar la contaminación con desechos de basuras y excrementos humanos, además a cada establecimiento debe mantener por un área de 20 metros al a redonda limpio sin ningún residuo de basura.

PARAGRAFO: los tenderos se deben organizar para hacer la recolección de las basuras los días (LUNES Y VIERNES), y así podemos mantener limpios los espacios públicos del resguardo.

SANCION: el tendero que incumpla este artículo deberá pagar una multa de (\$50.000) cada mes.

- La persona sea borracho de cualquier género que los sorprendan quebrando botellas o vidrios de cualquier especie serán sancionados de las siguientes formas.

- Por primera vez será sancionado en el calabozo 24 horas.

- Y por segunda vez será sancionado en el calabozo con 72 horas y pagar una multa de 30.000\$.

EXPLOTACION DE MINAS DE ORO

- Para las explotaciones de las minas de oro en el territorio del resguardo el cabildo debe dar el visto bueno de los terrenos donde no esté en sitios de alto riesgo.

- El cabildo les obligará a los mineros de la comunidad a que se afilien a una aseguradora de accidente o servicios funerarios, esto para en caso de accidentes o muertes y para esto llamar a todos los mineros y sensibilizarlos.

- Mineros que no sean de la comunidad (CAPURIA) queda totalmente prohibido la explotación de oro en el resguardo con montaje de DRAGAS, en caso de un accidente y resulta involucrado un embera la responsabilidad será del (CAPURIA).

- El cabildo será la entidad encargada de cobrar el impuesto de minería por territorio esto a los indígenas que tengan MOTORES de capuria, este cobro se hará sin ningún compromiso con los mineros y además teniendo en cuenta los límites del territorio, la suma en total de cobro será 50.000\$.
- Ninguna persona fuera del cabildo podrá hacer el cobrar de impuesto a los mineros por terreno.
- Indígena minero por accidente muera en un hueco o dentro del agua el cabildo no hará responsable con el fallecido ni con la familia. (sic)

ADJUDICACION DE PARCELAS Y BIENES DEL RESGUARDO

- En el área construida de la ramada, el área de reforestación, sitios sagrados 'RESERVA', el potrero comunitario serán de propiedad colectiva y queda prohibida la distribución del mismo.

PARAGRAFO: los gobernadores de turno no podrán hacer la distribución de los terrenos antes mencionados, quien incumpla este artículo será sancionado con la destitución de su cargo o función y será privado de la libertad por 30 días en el calabozo.

- Parcelas adjudicadas a los comuneros, terrenos del resguardo que no hayan trabajado durante dos meses, a partir del momento que el cabildo haya dado una revisión a las parcelas estos terrenos serán apropiados otra vez por el cabildo para luego hacer la distribución con personas que no tengan tierras y quieran trabajar con diversificación de cultivos.
- El cabildo podrá derrocar terrenos con documentos sobre las parcelas que no estén cultivadas y se queda prohibido arrendar y vender las parcelas que están ubicadas dentro del resguardo.
- SANCION: la persona que incumpla el anterior artículo con arrendamientos, sin trabajar la parcela, será sancionado de la siguiente forma:

1. Llamada de atención dando 15 días para retirar el animal y dos meses para que trabaje y los diversifique con cultivos.

2. En caso de no cumplir este artículo el cabildo tomará el terreno y lo entregará a otra persona.

- El aparcerero que quiera cambiar parcelas entregados por el cabildo, por otra parcela se podrá hacerlo, siempre y cuando tenga la previa autorización del cabildo o del consejo.

- En caso que un comunero entregue su terreno a otro comunero para que lo trabaje, debe tener un concepto del consejo de conciliación por escrito para definir el período de manejo del terreno ya cumplido el período de manejo, será entregado el terreno al manejador del terreno.

- La familia que se desplacen a otra comunidad debe explicar el motivo de su abandono a la comunidad y el tiempo de viaje será máximo hasta seis meses pasados la fecha el cabildo tomará la decisión por el terreno y casa. Esto será fijado en un período de tiempo de un año, el cabildo podrá tomar su posesión sobre el terreno de la casa a partir de la fecha fijada. El terreno y casa después que el cabildo analice este caso podrá ser adjudicado a los hijos.

SALUD: será retirado del ARS afiliado en salud y del censo de población.

- Las personas del resguardo antes de salir de la comunidad deben tomar acuerdos y compromisos ante el consejo y el cabildo.

- Para las distribuciones de tierras el cabildo debe tener en cuenta a las personas que han sido luchadoras para las recuperaciones de tierras.”

ANEXO II

CONCEPTOS TECNICOS RECIBIDOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN RESPUESTA AL AUTO DE DECRETO DE PRUEBAS DEL 12 DE MAYO DE 2010

1. Concepto rendido por el Director de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia.

Mediante escrito recibido en la Secretaría de la Corte el 16 de julio de 2010, el Director de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia, Pedro Posada Arango, suministró a esta Corporación la evaluación técnica del caso que se transcribe a

continuación:

“Con toda atención me dirijo a usted en acatamiento a lo solicitado mediante el oficio de la referencia, se hará una breve mención del proceso de elaboración del Dachí o Código con el fin de informarle primero del proceso de fortalecimiento de la justicia propia del Resguardo Indígena de Cristianía y segundo para de esta manera responder a los puntos por usted solicitados, los cuales nos permitimos citar y dar respuesta uno a uno.

El Resguardo Indígena de Cristianía viene adelantando un proceso de fortalecimiento a su justicia desde hace más de diez (10) años, el primer paso se da en el año 1998, cuando el Gobernador de este momento con la ayuda de un grupo de abogados no indígenas realizan el primer Dachí o Código, este da inicio a la sistematización de normas que regirían al interior del Resguardo de Cristianía, proceso que es suspendido una vez se realizó el cambio de Gobernador y se retoma luego hasta el año 2003, cuando se conforman mesas de trabajo con los Estamentos que hacen parte de la organización interna del resguardo encaminados en fortalecer y completar el Dachí o Código existente, de este proceso de sistematización se da una adición con el Dachí o Código de 2004.

Por la complejidad de materializar dicho reglamento, aspecto evidenciado por parte de la comunidad del resguardo de Cristianía, y las distintas dificultades por el desconocimiento de cómo se debe continuar con el proceso de sistematización de normas, se decidió no se hacer más avazances (sic) en el fortalecimiento del Dachí o Código, es por esto que, lo que se viene haciendo en el Resguardo desde el año 2007, es que el Cabildo en Pleno, expide resoluciones de carácter normativo, que van encaminadas a poner fin a una acción en específico, que esté afectando a la comunidad en general. Estas afectaciones deben ser, contra la integridad de la comunidad y de los bienes jurídicos de los comuneros, ejemplo de esto son: la prohibición del ingreso de un Kapuria ‘no indígena’ a vender productos al menudeo, toda vez que esto era fachada para la venta de estupefacientes a los jóvenes de la comunidad; la prohibición de venta de bebidas embriagantes al interior del resguardo, con el fin de controlar y acabar con la violencia (riñas, maltrato intrafamiliar, violaciones, etc.), ocasionada por la embriaguez de los que las consumían, violencia que se agudizó a partir de la proliferación de establecimientos que vendían este tipo de bebidas.

Por último, se ha dado inicio a un proceso de trabajo entre el Resguardo de Cristianía junto

con un grupo de antropólogos, sociólogos, lingüistas y otros profesionales de la Universidad de Antioquia, para trabajar en un proceso de recolección y sistematización de experiencias, tendientes al fortalecimiento de la justicia propia y la reconstrucción de sus usos y costumbres de los Embera Chamí del Resguardo Indígena de Cristianía.

A continuación se dará respuesta a los puntos por usted solicitados:

1. Cuál es el conocimiento actual que se tiene sobre el procedimiento general de juzgamiento.

R/. Al interior del Resguardo Indígena de Cristianía, el procedimiento a seguir es:

Se inicia el proceso con la presentación de la denuncia por la víctima o un familiar, al Vicegobernador quien es el que preside el Consejo de Conciliación y Justicia. Igualmente, puede ocurrir que el Consejo de Conciliación y Justicia tenga conocimiento directo o por comunicación de un integrante de la comunidad de un acto delictivo.

Luego de recibir la denuncia el Consejo de Conciliación y Justicia se reúne en pleno, y se da inicio a la parte de investigación y recolección de pruebas, para delitos comunes (problemas de convivencia, riñas leves, delimitación de tierras entre otros) como para delitos de alto impacto (porte de armas, porte de estupefacientes, homicidios entre otros) para la comunidad, se recogen las versiones dadas por los testigos directos de los hechos, este trabajo lo realizan el vicegobernador y los cuatro consejeros, estas versiones serán recogidas más de una vez, cada vez por una persona distinta para poder ver si esta narración de los hechos conduce a la verdad, este procedimiento no puede superar más de dos (2) meses cuando el investigado está privado de la libertad, ya sea en el calabozo del Resguardo de Cristianía o en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes - EPMSCAND- Antioquia.

La conciliación en este proceso consiste, en el diálogo directo entre el investigado y el Consejo de Conciliación y Justicia en pleno, con esto se pretende que la persona reflexione y se arrepienta del acto cometido, y se den formas de pagar (no se acostumbra la imposición de multas) el daño y buscar la forma cómo se reparará a la(s) víctima(s).

Antes de condenar puede ocurrir que el Consejo de Conciliación y Justicia, pida al Cabildo que

estudie lo actuado por éste y decida si se debe condenar o absolver a la persona, esto mismo puede ocurrir cuando el tema es de gran relevancia para la comunidad, el Cabildo puede solicitar que se convoque a Asamblea General para poder decidir el caso con la comunidad en plenaria.

Sin importar qué estamento decida si se debe imponer sanción o no, siempre el que va a cuantificar y decidir el tipo de sanción va a ser el Consejo de Conciliación y Justicia, toda vez que éste es el encargado de sancionar y cuantificar.

Se pueden presentar otras situaciones una vez se termine el proceso como la revisión o la reconsideración de la sanción o castigo impuesto. La primera situación puede ocurrir por solicitud del condenado o por iniciativa del Consejo de Conciliación y Justicia, esta lo que busca es que la sanción impuesta sea modificada, por ejemplo, la persona se encuentra privada de la libertad en el calabozo del resguardo, la sanción puede ser reformada por trabajos para la comunidad (reparación de calles, mantenimiento de parques, actos que beneficien a la colectividad en general), en el segundo evento, el Consejo de Conciliación y Justicia, periódicamente y bajo su potestad revisa las sanciones dadas y hace énfasis en las personas retenidas en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes -EPMSCAND-, toda vez que la justicia propia de el Resguardo busca es la reflexión de la persona, y el retorno de esta a la comunidad, de acá que se modifique la sanción o se absuelva al condenado.

2. Cuál es la autoridad competente para juzgar los delitos e imponer los castigos.

R/. La estructura orgánica del Resguardo Indígena de Cristianía está fundado en la confianza, el respeto, el poder y el valor de la palabra, este pilar es fundamental y está encaminado a fortalecer la sana convivencia de la colectividad, esto se ve reflejado en que no todos los casos llegan al Consejo de Conciliación y Justicia, sino que inicialmente se busca una solución y reparación directa que se hace por parte de las familias de el o los agraviados y la familia de los agresores.

Es así, que por la existencia de un control social tan arraigado al interior de la comunidad, sólo los delitos que afectan o desbordan límites del orden social interno, llegan a hacer parte del ejercicio de administración de justicia propia.

En la estructuración de la administración de justicia propia encontramos las siguientes autoridades:

1. Consejo de Conciliación y Justicia. Lo integran, el vicegobernador y cuatro (4) consejeros, que son elegidos por un período de tres (3) años, quienes son los encargados de recibir y conocer de la denuncia o el acto delictivo, investigar, conciliar, decidir la pena y cuantificarla, al igual que revisar la sanción para determinar si es posible de reducción o exoneración de la sanción impuesta.

2. Cabildo. Lo integran, el gobernador; el vicegobernador y sus cuatro (4) consejeros; el tesorero del Resguardo; el secretario del Resguardo; el fiscal del Resguardo; el Guardia mayor quien es el que dirige y coordina toda la guardia indígena del Resguardo; los líderes, denominación que reciben los ex gobernadores del Resguardo; los representantes de los Estamentos del Resguardo que se compone de 1. Asociación de Mujeres. 2. Asociación de adulto mayor. 3. Asociación de jóvenes. 4. Asociación de producción. 5. Asociación de deportes. 6. Asociación de salud. 7. Asociación de educación; la junta provisional de Jaibanás⁷², estos actúan cuando se investiga un delito de Jai⁷³ y la guardia indígena. Este estamento ejerce la función de decidir si se sanciona o no al que cometió al investigado, (sic) asimismo, cuando no se ha podido llegar a la verdad por parte del Consejo de Conciliación y Justicia, se lleva lo actuado, para que el Cabildo ayude a direccionar la decisión, esta audiencia se convoca por parte del Consejo de Conciliación y Justicia para que colaboren en la búsqueda de la verdad.

En este órgano se evalúa las entrevistas realizadas, y lo más importante la calidad de las personas, su idoneidad para opinar frente al caso y se revisa el actuar al interior de la comunidad del investigado, toda vez que en este órgano se encuentran personas que conocen a la totalidad de los habitantes del Resguardo. Tomada una decisión se informa al Consejo de Conciliación y Justicia, para que ellos decidan y cuantifiquen la sanción a imponer.

- De la Asamblea General hacen parte todos los que integran el Cabildo junto con los comuneros que integran el resguardo, a este órgano se acude cuando el delito o la afectación es contra los comuneros y para demostrar transparencia se presenta toda la actuación y se pide a la comunidad opinar frente al caso en cuestión más no el tipo de

sanción y mucho menos en la cuantificación. Se hace referencia que no son válidas las expresiones como me parece, creo, me dijeron, están diciendo, etc., porque carece de verdad, y contaminan el proceso que se lleva, sólo son escuchadas las personas que conocieron directamente el suceso.

La necesidad de asistir a la asamblea puede coincidir con la fecha en la que se realiza mes a mes, se convoca la Asamblea extraordinaria para tratar el tema pues cuando se llega a esta instancia es porque el tema ya es de interés colectivo, por el tipo de afectación que se está originando por la falta cometida.

Estos tres órganos son los encargados en administrar justicia y velar porque las normas internas del Resguardo de Cristianía se cumplan, para el desarrollo de la Jurisdicción Especial Indígena, se ha buscado apoyo de la Policía Nacional -PONAL- para adelantar las capturas, que el Consejo de Conciliación y Justicia emite, la Procuraduría Provincial de Andes, para que si al momento de sancionar y cuantificar la sanción, se tiene duda sobre si se vulnera algún derecho fundamental o un derecho humano, ésta oriente.

Es de hacer la claridad que al interior del Consejo de Conciliación y Justicia, se prevé la inhabilidad o recusación de los integrantes, si se conoce una causa de un familiar o amigo cercano, en este evento se especifica que la investigación la adelanta un suplente y que este sólo conocerá de esta causa, lo que también impone un máximo de un (1) mes para adelantar la investigación, toda vez que el investigado se encuentre privado de la libertad.

3. Qué posibilidades de defensa o contradicción existen dentro de ese procedimiento.

R/. Es de resaltar que el investigado tiene el derecho de controvertir las pruebas, tiene lugar en el momento en que el Consejo de Conciliación y Justicia, determina que ha llegado o han establecido la verdad a partir de las entrevistas realizadas. Esta es la forma como se reconstruyen los hechos ocurridos, que demuestran una verdad. En esta actividad, el consejo la debate con el investigado, y el investigado puede controvertir esa verdad, y si los argumentos del investigado son contundentes, se direcciona la investigación y se reestructura la investigación tendiente a llegar a la verdad. Esta es la forma de debatir la prueba dentro de la administración de justicia propia del Resguardo de Cristianía.

Es así que si los argumentos del investigado, llevan a la verdad y el consejo puede constatar

esto, se puede llegar a dar por terminado el proceso y se absuelve al investigado.

4. Si deben reunirse pruebas para condenar, de qué clase y cuándo se considera que son suficientes para imponer un castigo.

R/. En este proceso la recolección de pruebas está a cargo del Consejo de conciliación y Justicia que tiene como premisa investigar para acusar o exonerar al investigado, quien es el encargado de dirigir todo el proceso de juzgamiento, para la recolección de la prueba, el consejo que es integrado por cinco (5) miembros acuden a la comunidad, y comienzan a recibir testimonios, recibidos estos testimonios se seleccionan los que pueden colaborar con la búsqueda de la verdad, esto por que muchos testimonios pueden estar viciados en su contenido, lo que lleva a que los distintos miembros entrevisten más de una vez a la misma persona, para constatar la coherencia de lo expuesto.

Cuando se finaliza la parte de entrevista y recolección de información que suministra la misma comunidad, se seleccionan los testimonios idóneos para la reconstrucción de lo ocurrido, para esto se realiza un cruce de la información recogida entre los integrantes del consejo. De este cruce de información debe resultar un contexto de lo ocurrido, que indique quién es el responsable de lo investigado.

Con la valoración, calificación y revisión de las entrevistas, se cumple la etapa probatoria y se pasa a decidir la sanción y su cuantificación o la exoneración de responsabilidad del investigado.

5. Cuáles son las penas imponibles.

Es así que las sanciones a imponer son:

1. Amonestación pública en Asamblea General. Esta sanción es utilizada por el Consejo de Conciliación y Justicia, cuando al interior de la comunidad alguien atenta o comete una falta leve se le hace un llamado de atención, con la intención que reflexione y cambie la actitud, de esta forma se busca que toda la comunidad se entere de la situación para que colaboren ejerciendo un control social y dar por terminado esto. Esta amonestación puede darse en repetidas ocasiones, lo que lleva a que se cambie la sanción es que aumente la afectación.

2. Multa. Es el pago de dinero por la afectación a un bien ajeno, esta sanción no es común en

imponer toda vez que se prefiere que la persona trabaje para la comunidad y no que se afecte patrimonialmente, pues ayuda más a la comunidad el trabajo que el dinero, recordando que cuando se hace una falta no sólo se afecta a la(s) víctimas.

3. Inhabilitación para ejercer cargos dentro de la comunidad. Esta ocurre cuando por el control social se pide el cambio de un integrante del cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia, evidencia que en ejercicio de sus funciones se sobre pasó en el uso de autoridad o fue en contra del bien común del Resguardo.

4. Trabajo comunitario simple. Cuando la persona ha cometido una falta y el Consejo de Conciliación y Justicia, busca que la persona se resocialice, bajo la reflexión y el esfuerzo por el mejoramiento de la comunidad, este consiste en hacer mantenimiento a los caminos o parques de la comunidad, recolección de basuras o escombros, entre otras, pero siempre el fin de esta sanción es el beneficio de la colectividad y nunca particular.

5. Trabajo comunitario con dormida en el calabozo. Este complementa el anterior cuando la persona de día trabaja en la comunidad y debe regresar a pasar la noche en el calabozo del Resguardo.

6. Calabozo. Este está ubicado en la oficina del Resguardo Indígena de Cristianía, este tiene una función e resocialización, bajo la reflexión, la meditación y el acompañamiento de los integrantes de la comunidad y en especial del Consejo de conciliación y Justicia, quienes hablan con el detenido y le dan consejos para que pueda cambiar su actuar.

7. Cárcel. Esta se aplica cuando la falta es grave y se busca el castigo máximo, en esta sanción también se hace un acompañamiento por el Consejo de conciliación y Justicia, que está pendiente de la evolución y comportamiento adecuado del detenido, para buscar la forma que retorne a la comunidad.

En la cuantificación de la pena el Consejo de Conciliación y Justicia, actualmente siempre que impone una sanción concede una rebaja de la pena, equivalente al 25%, esta rebaja la realiza siempre de oficio el consejo, toda vez que lo que se busca con la sanción es la reflexión y la resocialización, y luego se estudia el caso para determinar a qué otros beneficios se puede hacer beneficiario el investigado.

6. Cuál es el lugar de cumplimiento de las penas, cuando son privativas de la libertad.

R/. Estas sanciones son cumplidas específicamente en dos lugares:

1. El calabozo del Resguardo. En este se deben pagar las sanciones y detenciones preventivas, el inconveniente que se presenta en la actualidad, es que algunas personas que han sido detenidas han buscado la forma de fugarse y han deteriorado el establecimiento. Lo que ha llevado a tener que acudir a los establecimientos del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC.

2. De la cárcel, esta se cumple en el Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Andes -EPMSCAND- Antioquia, luego de ser sancionada la persona, se remite la boleta de reclusión a la autoridad competente del establecimiento para que en este establecimiento, sea recluida la persona, la orden de entrada y salida del establecimiento la emite el Consejo de Conciliación y Justicia del Resguardo Indígena de Cristianía.

7. Si existen alternativas diferentes al castigo de privación de la libertad, después de que se ha constatado la existencia del delito.

R/. Para el Consejo de conciliación y Justicia del Resguardo Indígena de Cristianía, las sanciones privativas de la libertad, son la última sanción a adoptar, pues lo que se busca en la práctica de justicia propia es que el sancionado repare a la comunidad y cambie su actuar para beneficio de todos.

Es por esto que la mayoría de veces que la persona ha sido sancionada con cárcel no cumplen la totalidad de la pena en la cárcel, y se dan alternativas como Trabajo comunitario con o sin dormida en el calabozo, dependiendo del avance y progreso de la persona en su reflexión y cambio.”

2. Concepto rendido por la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC).

Mediante escrito recibido el 15 de julio de 2010 en la Secretaría General de la Corte, el Consejero Mayor y Representante Legal de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), Luis Evelis Andrade Casama, presentó la valoración del caso bajo examen que se transcribe a continuación.

“I. ASPECTOS PREVIOS – DE CONTEXTUALIZACION.

A. El debido proceso en los pueblos indígenas y el pueblo Embera

Durante el VII Congreso de los Pueblos Indígenas de la Organización Nacional Indígena de Colombia, realizado entre el 09 y 15 de diciembre de 2007 en Ibagué, se planteó en el desarrollo de la mesa de trabajo sobre justicia y Derecho Propio, las siguientes definiciones:

Ley de Origen: Regula las relaciones entre los seres vivientes desde las piedras hasta el ser humano, en la perspectiva de la unidad, la convivencia y la pertenencia en el territorio ancestral y desde donde quiera que haya un indígena, la Ley de Origen es el saber fundamental de la espiritualidad y cultura más íntima y propia de cada pueblo indígena, también la constituyen los saberes y los conocimientos ancestrales puestos espiritual y materialmente al servicio de la justicia, su cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía del orden y la permanencia de la vida, del universo y de nosotros mismos, como dueños protectores de la naturaleza, es el derecho completamente interno.

Derecho Propio: Está constituido por las formas de resistencia de cada pueblo, por las manifestaciones culturales y la manera de relacionarnos con otros pueblos. El derecho propio, es la expresión de los pueblos acumulada en el tiempo, está formado por los derechos e instituciones que fueron apropiadas por las luchas y resistencias históricas indígenas, por los legados de autoridad y dirección de cada pueblo, por la historia y la memoria de los antepasados, es de tipo interno y corresponde a cada pueblo en su experiencia histórica.

De esta manera, los Pueblos Indígenas de Colombia, guían su actuación interna a partir de la ley de origen, el derecho propio y el derecho mayor, pues en ellos se encuentra el saber fundamental de la espiritualidad más íntima y propia de cada cultura y cosmovisión indígena.

Por su parte, la Corte Constitucional ha establecido en su jurisprudencia que el derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial indígena, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los

ancestros, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico, como de hecho sucede. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. (Sentencia T-523 de 1997).

La 'ONIC' quiere destacar que sin duda comparte lo referido por el Tribunal Constitucional Colombiano en cuanto que los sistemas jurídicos indígenas pueden ser dinámicos, sin embargo no se puede olvidar que estos sistemas indígenas se constituyen por los saberes y los conocimientos ancestrales puestos espiritual y materialmente al servicio de la justicia, y con la clara pretensión de mantener la convivencia y armonía entre los miembros del respectivo pueblo indígena.

En el marco de la autonomía que establece el Artículo 246, el debido proceso entonces es fijado en cada uno de los 102 pueblos indígenas que habitan nuestro país, por sus respectivas autoridades y son ellos quienes determinan la manera y actuación que se requiera para prever el cumplimiento de este derecho, conforme a la ley de origen, el derecho mayor y el derecho propio. El verdadero consenso intercultural entonces se da en el reconocer la autonomía de los pueblos indígenas para administrar justicia sin exigirles más allá de lo que es necesario para asegurar la pervivencia de los propios pueblos.

Las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social del pueblo Embera están establecidas en el documento la Constituyente Embera donde se establece que: 'El Cabildo tomará sus decisiones de acuerdo a como tradicionalmente lo ha venido haciendo. Uno de los miembros del Cabildo tendrá a cargo la función del control social, quien será la persona encargada de adelantar las conciliaciones, de realizar las investigaciones, de efectuar capturas, de ordenar la detención preventiva en cárcel, de aplicar las sanciones para faltas leves o medianas, incluyendo la sanción de calabozo, de vigilar que las sanciones se cumplan, etc. // Estas funciones serán competencia de la vice gobernadora, o de quien haga sus veces. Pero esta puede pasar el caso al Consejo de conciliación y Justicia cuando lo considere conveniente.'

Para terminar esta primera parte, la 'ONIC' considera necesario aclarar que la mayoría de pueblos indígenas no ha fijado penas principales ni mucho menos penas alternativas, pues lo que está determinado internamente son faltas que van contra la ley de origen, el derecho

mayor y el derecho propio; cada pueblo y conforme a cada caso establece la respectiva falta y el castigo que se ha fijado tradicionalmente y que aplica la respectiva autoridad.

B. Consideraciones generales sobre los asuntos penales en los pueblos indígenas.

No existe dentro del derecho propio una clasificación de derechos: ni civiles, ni penales, ni laborales, etc. Los pueblos indígenas orientan su control interno a partir de la ley de origen, el derecho propio y el derecho mayor, como de su capacidad de auto gobierno y auto determinación.

Algunos académicos hacen menciones descriptivas sobre autoridades, procedimientos, sanciones y plantean dentro de sus categorías agrupamientos de normas y procedimientos regulatorios de las conductas, a la manera y usanza del derecho formal estatal, es decir, presentan los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas a partir de conceptos del derecho occidental o positivo, y por ello hablan del derecho penal, civil y administrativo en determinados pueblos. Estos estudios no se corresponden con la realidad interna de los pueblos y por ello no se considera preciso hablar de derecho penal dentro de los sistemas jurídicos indígenas.

Con esta aclaración se pretende dar cuenta de la complejidad e integralidad de los sistemas jurídicos propios de cada uno de los pueblos en relación con su cosmovisión y cultura, por esto es impreciso señalar la existencia de un derecho penal dentro de los órdenes jurídicos de los pueblos.

No obsta lo anterior, para nuevamente manifestar que el derecho propio es dinámico y permite la posibilidad de transformarse, aceptar nuevas conductas, y adecuarse a las realidades y situaciones de la comunidad.

C. El ejercicio de la Jurisdicción Indígena por parte de los pueblos indígenas.

La previsión constitucional que hiciera el artículo 246 (...) proporciona los elementos esenciales para afirmar que ésta justicia, constituye en sí misma el ejercicio de la autonomía de los Pueblos Indígenas, la cual es integral, es decir, se aplica y proyecta en lo relativo al control del territorio de cada pueblo así como al desarrollo y mantenimiento de su cultura.

Lo anterior permite la creación y establecimiento de instituciones propias, con sus

respectivas normas y procedimientos, acorde con la cosmovisión, ley de origen y derecho propio de cada pueblo.

En dicho ejercicio y aplicación de la justicia especial indígena, los pueblos indígenas hemos reivindicado el derecho a que nuestros sistemas normativos y/o jurídicos no se consideren como usos y costumbres simplemente, sino como auténticos sistemas normativos, sustentados en el derecho propio, la ley de origen y el derecho mayor.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido profusa en relación con la Jurisdicción Especial indígena, y ha establecido las reglas y sub reglas a aplicar, por parte de los administradores de justicia en caso de ser necesario.

Así mismo, la Jurisdicción Especial Indígena refiere cuatro elementos fundamentales:

1. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas;
2. La competencia de tales pueblos para establecer normas y procedimientos propios;
3. La sujeción de la jurisdicción y de las normas y procedimientos indígenas a la Constitución y a la ley; y,
4. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el Sistema Judicial Nacional.

Respecto a este último aspecto, cabe señalar que aunque la referida Ley de Coordinación no ha sido expedida, acorde con la posición de los Pueblos Indígenas al respecto, esto no ha sido óbice para llevar a cabo acciones de coordinación entre los actores administradores de justicia ordinaria e indígena y diferentes entidades como el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, tanto a nivel nacional como a nivel local o regional.

II. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS ASPECTOS REQUERIDOS

De conformidad con lo ordenado en el auto de fecha Mayo 12 de 2010 y expuesto en el oficio OPT-A-321/2010, a continuación, la Autoridad Nacional de Gobierno Indígena 'ONIC', procede a dar respuesta a los cuestionamientos formulados por el Despacho de la Magistrada Calle Correa, así:

(i) ¿CUÁL ES EL CONOCIMIENTO ACTUAL QUE SE TIENE SOBRE EL PROCEDIMIENTO GENERAL DE JUZGAMIENTO (EN EL RESGUARDO DE CRISTIANÍA)?

‘El procedimiento debe ser verbal y no por escrito, y Consejo de Conciliación y Justicia debe llevar registro de los datos principales de cada caso y de ser necesario un expediente para los más delicados. Las declaraciones e interrogatorios deben ser recibidos por todos ó la mayoría de los consejeros para que entre todos recuerden los testimonios. En lo posible estas diligencias deben hacerse en la lengua propia, o sea, en emberabedea.’

‘Para tomar sus decisiones el consejo debe valorar los hechos, tener en cuenta los antecedentes, llamar a los testigos y escuchar a los implicados, y aplicar justicia de acuerdo a la equidad.’

‘El Consejo de conciliación y Justicia escucha entre las partes (ofendido/sindicado), hacen el análisis y un debate, naturalmente es oral o escrito, llegan a un acuerdo por mayoría para determinar la situación jurídica del implicado, se hace de conocer el concepto al sindicado y su familia, la mayoría acatan y otros no.’

El procedimiento debe proteger los derechos humanos. Las familias, la comunidad. Los detenidos y las víctimas tienen derecho a interponer la acción de tutela ante los jueces de Jardín o Andes cuando consideren que se les están violando o amenazando sus derechos fundamentales.’ (Documento Constituyente Embera, 1998)

(ii) ¿CUÁL ES LA AUTORIDAD PARA JUZGAR LOS DELITOS E IMPONER LOS CASTIGOS?

Dentro del sistema de justicia propia de la comunidad indígena Embera Chamí del Resguardo de Cristianía, la labor de control social y de justicia, se encuentra en cabeza de: el Cabildo, como máxima autoridad del Resguardo y el Consejo de conciliación y Justicia (constituido en diciembre de 1998), e integrado por cinco personas, a saber: vicegobernador(a), representante del Cabildo ante el Consejo y coordinador del mismo, y cuatro (4) consejeros elegidos por la comunidad, quienes hacen parte del Cabildo y se encuentran posesionados ante el Alcalde municipal. El Cabildo tiene a su cargo la función de control social, de conservar la convivencia y el orden entre las personas.

El Dachí Código Embera, que en español significa ‘Nuestro Código Embera’, resultado del

proceso participativo llevado a cabo en 1998 en la comunidad de Cristianía, denominado Constituyente Embera, prevé que en caso de que los comuneros o comuneras incurran en errores o faltas leves o medianas, éstas serán investigadas y decididas por el Cabildo, a través del vicegobernador(a).

Así, se le atribuye la potestad de:

- Adelantar conciliaciones,
- Llevar a cabo las investigaciones necesarias,
- Efectuar capturas,
- Ordenar la detención preventiva en cárcel,
- Aplicar las sanciones para las faltas leves o medianas, incluyendo la sanción de calabozo,
- Vigilar que las sanciones impuestas sean efectivamente cumplidas.

Cuando la conducta o la falta cometida sea grave, el caso es asumido, investigado y decidido por el Consejo de Conciliación y Justicia. Las faltas graves son, entre otras, homicidios, lesiones personales graves, robos, quema de terrenos, daños en fuentes de agua, robo o desvío de los recursos de la comunidad, violación sexual, abandono de niños, maltratos graves al cónyuge, etc.

El Consejo de Conciliación y Justicia tiene como propósito prevenir los conflictos; en caso de que se presenten y sea posible, llevará a cabo la conciliación de los mismos, y sancionará las faltas que surjan en la comunidad. El Consejo es la primera autoridad en conocer, asumir y proceder frente a alguna conducta o falta grave; la segunda instancia es el pleno de la Junta Directiva del Cabildo; la tercera instancia se constituye por la reunión de los líderes y lideresas representantes de los diferentes programas o estamentos existentes en el Resguardo, a saber: educación, salud, producción, mujeres, jóvenes, adultos mayores y ex gobernantes o ex cabildantes. La última instancia es la Asamblea General.

Previo a la imposición de la sanción, el Consejo propende siempre para que se den las condiciones de reconciliación entre las partes y sus familias, estableciendo compromisos

claros y las condiciones de cumplimiento de los mismos.

En suma, el Cabildo, en cabeza del vicegobernador (a) y el Consejo de Conciliación y Justicia, son las autoridades que respecto a las faltas o conductas que son de su competencia, determinan el tipo de sanción a aplicar y la duración de la pena, apoyándose en las pruebas allegadas, 'los antecedentes de la persona, la gravedad del hecho y las secuelas dejadas'.

(iii) ¿QUÉ POSIBILIDADES DE DEFENSA O CONTRADICCIÓN EXISTEN DENTRO DE ESE PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO?

El sistema de justicia propia de la Comunidad de Cristianía establece que al procesado o la persona implicada en una falta, le asiste siempre el derecho de defensa. De esta manera, el Cabildo, a través del vicegobernador(a) y el Consejo de Conciliación y Justicia, deben investigar 'tanto lo favorable como lo desfavorable al procesado'. La familia del acusado tiene la posibilidad de intervenir en la conciliación.

Así mismo, al procesado se le reciben las declaraciones necesarias, al igual que a los testigos que él indique. El uso de la palabra se le otorga para que realice los descargos frente a la falta que se le atribuye, 'siempre y cuando diga la verdad, (pues) el descargo con falsedad no es aceptado, antes se vuelve agravante por decir la mentira'.

(iv) SI DEBEN REUNIRSE PRUEBAS PARA CONDENAR, ¿DE QUÉ CLASE Y CUÁNDO SE CONSIDERA QUE SON SUFICIENTES PARA IMPONER UN CASTIGO?

En este punto es preciso mencionar que dentro del sistema de justicia propia de la Comunidad de Cristianía, se hace uso de los términos condena ó condenar, cuando la sanción imponible se trate de cárcel. Para las demás situaciones, se emplea el término sanción, entendida como la consecuencia que el comunero o comunera que haya incurrido en una falta o error debe asumir, y cumplir ante la comunidad.

En ejercicio de la función a cargo del Cabildo, por intermedio del Vicegobernador (a), y del Consejo de conciliación y Justicia, éstos llevan a cabo las indagaciones necesarias, que permitan establecer -a partir de los hechos y pruebas-, si la persona incurrió o no en falta. Así, sin acudir a una clasificación positivista del régimen probatorio, el sistema de justicia propia de la Comunidad de Cristianía prevé como pruebas:

- Testimonios o declaraciones,
- Documentos,
- Confesión o reconocimiento del procesado.

El análisis de conjunto que se realice de las mismas, así como los antecedentes de la persona, la gravedad de la conducta y las consecuencias ocasionadas, permitirá al Cabildo o al Consejo de Conciliación y Justicia, establecer e imponer la sanción de que se trate.

(v) ¿CUÁLES SON LAS PENAS IMPONIBLES?

Como se manifestó anteriormente, en caso de no ser posible o no concretarse la conciliación entre las partes y sus familias, el Cabildo y el Consejo de conciliación y Justicia, pueden imponer sanciones como las siguientes:

- Amonestación pública en Asamblea General
- Multa
- Inhabilitación para ejercer cargos dentro de la comunidad
- Trabajo comunitario simple
- Trabajo comunitario con dormida en el calabozo
- Calabozo
- Cárcel

(vi) ¿CUÁL ES EL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LAS PENAS, CUANDO ESTAS SON PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD?

De acuerdo con el Sistema de Justicia Propia de la comunidad, las sanciones de cárcel hasta por tres (3) meses pueden ser cumplidas al interior de la comunidad o en la Cárcel Municipal de Jardín (Antioquia). Aquellas condenas a cárcel, cuyo término sea superior a tres (3) meses, se cumplirán en la Cárcel Nacional de Andes (Antioquia), de acuerdo con los convenios suscritos por el Cabildo del Resguardo de Cristianía con el Alcalde de Jardín y con el Director

de la Cárcel de Andes.

Se usan cárceles externas porque en la comunidad carece de una infraestructura carcelaria y dotación para su funcionamiento.

(vii) ¿EXISTEN ALTERNATIVAS DIFERENTES AL CASTIGO DE PRIVACION DE LA LIBERTAD, DESPUÉS DE QUE SE HA CONSTATADO LA EXISTENCIA DEL DELITO?

No se encuentra establecido dentro del sistema de justicia propia de la Comunidad Embera de Cristianía, lo que se denomina como penas alternativas.

Si el Vicegobernador, el Consejo de conciliación y Justicia o la Asamblea, como última y máxima instancia dentro de la comunidad, determinan la privación de la libertad no existe internamente una alternativa a dicha decisión en las prácticas realizadas hasta la fecha.

Dentro del Sistema de Justicia Propia de esta comunidad, lo único que podría asimilarse a una alternativa, se refiere así: 'El Consejo de Conciliación y Justicia puede revisar las sanciones de cárcel cuando se haya cumplido la mitad de la condena, y de acuerdo con la evaluación que se haga reducir el tiempo de cárcel o cambiarla por otra sanción', sin embargo, con un carácter especial, ya que se aplicaría de manera posterior al cumplimiento de la mitad de la condena, de acuerdo con la evaluación que el Consejo realice."

3. Concepto rendido por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

El Director del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH), Diego Herrera Gómez, presentó a la Corte Constitucional, mediante escrito recibido el 17 de junio de 2010, la valoración del caso bajo examen que se transcribe a continuación.

"En la medida en que el Instituto Colombiano de Antropología e Historia no cuenta con un investigador residente en el resguardo de Cristianía, las preguntas referidas en la consulta de la Corte al ICANH serán respondidas según los documentos que definen su justicia propia, en particular los titulados Sistema de justicia propia de la comunidad de Cristianía y Dachi Código que también fueron presentados por los acusados como parte de su defensa. Para nuestra interpretación, sin embargo, nos pareció pertinente señalar algunos elementos generales de la cultura embera que aportan elementos para la interpretación de las características de la justicia que presentan los documentos elaborados en el resguardo de

Cristianía y a cuyos contenidos nos acogemos.

El sistema de control social en las comunidades embera-chamí es doble, por una parte está el jaibanismo -como forma específicamente embera de lo que se denomina el chamanismo- y por otro, el sistema de regulación de relaciones entre humanos, que en este momento es producto de la relación de formas tradicionales y recientes de control social. El jaibanismo es el conjunto de saberes y prácticas rituales con los que los expertos en dichas artes, o jaibanás, manejan a los espíritus causantes de la enfermedad, o jai, con los cuales hacen maleficios y curan las dolencias que éstos mismos producen. Los cantos a los jai, el conocimiento botánico y las prácticas de soplo y succión de las diferentes partes del cuerpo de los afectados por la enfermedad hacen parte de sus herramientas curativas, mientras se sostiene que el maleficio lo realizan principalmente a través de los sueños. Tanto para el maleficio como para la curación, el jaibaná suele trabajar por encargo de otros indígenas, por lo que recibe un pago en dinero, aunque son reputados por usar su saber movidos por intereses personales. Cada grupo familiar tiene un jaibaná, y es común que las disputas intergrupales o familiares se resuelvan con la intermediación de sus maleficios, que pueden acabar incluso en homicidios. El aumento de conflictos que la comunidad tramita a través de los poderes dañinos de los jaibanás para algunos investigadores está relacionado con la reducción de territorio o el deterioro medioambiental, lo cual genera una gran presión sobre los recursos, los bienes y su circulación, buscando acaso presionar la escisión de la comunidad y la migración de una parte de ella, como parece ser una dinámica permanente en la historia embera. Por ello, tales investigadores consideran que un mejoramiento de los nichos ecológicos y el acceso a tierras restituiría de paso la figura del Jaibaná como ordenador del equilibrio del mundo con lo espiritual.

No hay una unidad entre la práctica del jaibanismo y el sistema jurídico embera, pero su relación es muy compleja y no está exenta de tensiones. Por una parte, no se considera que los jaibanás tengan ninguna función en los procesos civiles ni penales, ni para la realización de investigaciones ni para la imposición de penas; antes bien, algunos indígenas consideran que son los jaibanás los que deben estar observados por la JEI. Sin embargo, en muchas circunstancias el testimonio de los jaibanás es tenido en cuenta como prueba de prácticas de maleficio que condujeron a delitos; e incluso, en el Sistema de justicia propia de la comunidad de Cristianía se contempla la posibilidad de consultar a los jaibanás en ciertas ocasiones.

En la medida en que en las prácticas jaibanísticas se entrecruzan los intereses de los diferentes niveles de control social -el del jaibaná, del grupo familiar y del cabildo, de los líderes jóvenes y los jaibanás mayores-, muchos conflictos políticos tienen su correlato en los conflictos entre jaibanás y se retroalimentan, haciendo de los conflictos internos intrincadas redes de intereses, luchas y significaciones, que no se agotan en un único hecho delictivo que se presente. El mismo rito de curación es utilizado por los jaibanás para sentar su posición sobre cuestiones que afectan a la comunidad, convirtiendo el ritual además en un acto político, que busca fortalecer la legitimidad de una de las partes involucradas.

Ahora bien, como lo señalábamos más arriba, el sistema de regulación de las relaciones sociales entre los embera está conformado por varios elementos. Por una parte está el jaibanismo que regula las relaciones entre lo humano y las fuerzas naturales, a través de procedimientos que no proceden en forma de delito-castigo sino por ritos propiciatorios y restauradores del equilibrio. Por otra, el sistema de regulación de relaciones entre humanos, que en este momento es producto de la relación entre varios sistemas reguladores o normativos. Es decir, no hay una unidad entre la práctica del jaibanismo y el sistema jurídico embera y, antes bien, su relación es muy compleja y no exenta de tensiones. En la medida en que cada grupo familiar tiene un jaibaná en cuyas prácticas rituales se entrecruzan diferentes intereses de acuerdo con los planos de control social al interior de la comunidad - el del propio jaibaná, el del grupo familiar y el del cabildo-, existen muchos conflictos, familiares y políticos, que tienen su correlato y se retroalimentan en los conflictos entre jaibanás. Esto hace que los conflictos internos se alimenten de intrincadas redes de intereses, luchas y significaciones, que no se agotan en un único hecho delictivo.

El sistema de regulación de las relaciones sociales entre los embera, como decíamos, se nutre de instrumentos e instancias de regulación de diverso origen cultural que se han ido desarrollando en diferentes momentos históricos. Por una parte, toma de las formas tradicionales de control entre grupos familiares, mecanismos como prohibiciones, alianzas matrimoniales y compensaciones, principalmente en bienes o en trabajo, conciliados por los jefes de cada grupo. Por otra, toma del sistema de gobierno de cabildos de resguardos y asentamientos, mecanismos para impartir justicia, tal como sucedió durante buena parte de la década de 1990. Más recientemente, se fundamenta en la creación de los Consejos de Justicia, órgano específico que investiga y juzga los delitos de los indígenas, separadamente de las labores administrativas y de gobierno de los cabildos y que se apoya en la justicia

ordinaria.

La conformación del Consejo de Conciliación y Justicia del resguardo de Cristianía fue el resultado de la 'Constituyente Embera' realizada en varias fases, entre 1998 y 2001. Esta buscó mejorar la convivencia al interior del territorio y hacer frente a los problemas de violencia, carencia de tierra y deterioro de los recursos naturales que enfrenta el resguardo y el cabildo. La constituyente también buscó la creación de un sistema de administración de justicia adecuado a las condiciones de gobernabilidad del resguardo, es decir, que desarrollara las facultades jurisdiccionales de la comunidad indígena de Cristianía mediante la incorporación de elementos de los anteriores sistemas de control social y la superación de los problemas presentados mientras la administración de justicia fue ejercida por los cabildos. En general, se ha procurado la apropiación de procedimientos e instrumentos de la justicia ordinaria y el apoyo de sus diferentes entidades y dependencias (de investigación, carcelarias...) para ejercer su jurisdicción. Por ello es muy importante señalar que la justicia embera del resguardo de Cristianía es un sistema que no pretende aislarse de la justicia ordinaria, sino coordinar sus acciones y lenguajes con ella, estando en permanente construcción, como, incluso, ya lo señaló la sentencia T-239/02 de la Corte Constitucional.

Ahora bien, una caracterización general del derecho embera de la comunidad de Cristianía tiene en cuenta los siguientes elementos:

La norma se origina en la identificación y solución de problemas concretos -como fue el procedimiento de construcción del dachi código-, y una vez establecida, es punto de referencia para nuevos casos, pero nunca es aplicada mecánicamente, sin una reflexión de las particularidades de éstos.

Al respecto, existe simultaneidad entre la generación, modificación y aplicación de la norma, pues según lo anterior, ante la aparición de un nuevo problema las autoridades deben definir su gravedad según si son faltas leves, medianas o graves, lo que determina el procedimiento a seguir: si lo aborda el cabildo, el consejo de conciliación y justicia o la justicia ordinaria (Sistema de justicia propia, art 1, 2, 3 y 11), y por tanto, si puede haber conciliación o no (Ibid, art. 20-24), y los castigos a aplicar. Lo anterior es central pues la ausencia de un delito en el dachi código no implica que sus autoridades no lo puedan juzgar, siempre y cuando establezcan claramente ante su comunidad las razones para definir el nuevo delito y la pena

que imponen.

Otra característica importante es que la pena es acumulativa, compleja e imprescriptible. 'Entre los Embera, cuando se castiga no se hace por el último error, falta o delito. Es frecuente que la imposición de la pena esté determinada por conductas reprobables no sancionadas en el momento en que se cometieron. En la investigación y en el momento del juzgamiento siempre salen a relucir conductas anteriores. Por esta razón es muy difícil que dos hechos aparentemente iguales sean solucionados de la misma manera, ya que los antecedentes de cada persona son diferentes. Esto también explica por qué, al imponerse una sanción, en ocasiones no se involucre sólo la persona directamente juzgada sino que se impongan obligaciones que irradian a sus familias'. Ello es particularmente relevante en el presente caso, dado que las testificaciones de los ahora condenados por el cabildo y actuaciones previas de éstos y otras personas demuestran un encadenamiento de hechos que pusieron en peligro la vida del gobernador y vicegobernador con anterioridad a la última falta, y que pueden ser comprobadas.

Es tan importante la presencia de la familia como la del acusado cuando se hacen los descargos, para aportar o controvertir las versiones e imponer o recibir sanciones. Sin ello, y en relación con la característica anterior, las penas pueden no satisfacer a las víctimas o ser excesivas, y fallar en su objetivo de impartir justicia generando nuevas retaliaciones entre las familias de las partes.

También es central la convalidación pública de la toma de decisiones, pues las diferentes instancias de decisión deben comunicarlo siempre a la asamblea de pobladores del resguardo, quienes pueden aprobarla o solicitar una modificación.

La última característica señalada por la investigadora es la transitoriedad de la cárcel como mecanismo de sanción y aplicación de justicia. Sin embargo, aunque sostiene que existe desconfianza por parte de la comunidad sobre la cárcel como pena, ésta se ha ido imponiendo como forma de castigo para las faltas graves. Al respecto, el código embera ha sostenido que la pena se puede remitir a las instituciones carcelarias más cercanas a su resguardo (Municipios de Jardín o Andes), y la sentencia T-239/02 demostró que dicho procedimiento no está en contra de la normatividad embera de Cristianía ni contra la ley ordinaria."

3. Concepto rendido por el Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia.

Mediante escrito recibido el 27 de octubre de 2010, el Jefe (E) del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia presentó a la Corte Constitucional el concepto especializado sobre el caso que solicitó esta Corporación, elaborado por el Antropólogo Ph.D. Robert VH Dover y la Abogada PhD Gloria Patricia Lopera, que se transcribe a continuación.

“I. Cuestiones que la Corte solicita sean respondidas en el dictamen.

Para tomar su decisión, la Corte ha solicitado al Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia que emita un concepto sobre el caso de referencia, en particular sobre los siguientes puntos:

- Conocimiento actual que se tiene sobre el procedimiento general de juzgamiento.
- Cuál es la autoridad para juzgar los delitos e imponer los castigos.
- ¿Qué posibilidades de defensa o contradicción existen dentro del procedimiento sancionador?
- Si deben reunirse pruebas para condenar, ¿de qué clase y cuándo se considera que son suficientes para imponer un castigo?
- Penas imponibles
- Lugar de cumplimiento de las penas privativas de libertad.

Sin embargo, la respuesta a estos interrogantes sólo puede darse teniendo en cuenta el contexto y las dificultades que ha enfrentado la construcción de las instituciones de control social en el resguardo de Cristianía. Por tal motivo, este dictamen se estructurará del siguiente modo:

En primer lugar, se presentará un marco de interpretación que contiene algunos elementos histórico-etnográficos sobre el pueblo embera chamí de Cristianía, cuya presentación se articula en torno al proceso de configuración del resguardo y de la comunidad, los cuales permiten comprender las dificultades que históricamente ha encontrado la figura del cabildo (impuesta por el derecho colonial y luego por el derecho estatal) para erigirse en una

instancia de control social capaz de mediar y trascender los conflictos entre parentelas.

En segundo lugar, se hará un recuento de los principales hitos en el proceso de construcción de instituciones jurídicas propias, con especial atención al proceso de la 'constituyente embera', con el fin de mostrar que se trata de un proceso aún no culminado, en el que se entrecruzan diversos modelos de racionalidad jurídica (casuista-codificada), existe una alta dependencia respecto del derecho estatal, una problemática relación con la escritura, así como un conflicto no resuelto entre los miembros de la comunidad acerca de cómo organizar su sistema de justicia.

Finalmente, se intentará dar respuesta a las cuestiones planteadas por la Corte Constitucional, presentando a la vez las conclusiones que arroja el análisis de este caso.

II. Metodología

Para realizar este dictamen se emplearon las siguientes fuentes:

(i) Revisión de literatura antropológica sobre el pueblo embera, con particular atención a algunas monografías específicamente relativas a los embera chamí del resguardo de Cristianía.

(ii) Revisión de las actas y documentos del proceso constituyente embera, en el centro de documentación de la Organización Indígena de Antioquia (OIA).

(iii) Visitas al municipio de Andes y al resguardo de Cristianía, realizadas los días 5 y 19 de julio de 2010.

(iv) Entrevistas con las autoridades del Cabildo, los integrantes del Consejo de Conciliación y Justicia.

(v) Entrevistas con don Amado Carupia (exgobernador del Cabildo de Cristianía), Elvia Elena Yagarí, Egidio Yagarí, Braulio Carupia, miembros de la comunidad de Cristianía.

(vi) Entrevistas con el Director y Funcionarios de la Cárcel de Andes y con la Procuradora Provincial, Consuelo Robledo.

(vii) Entrevistas con Dora Yagarí y Nury Yagarí, indígenas de la comunidad de Cristianía,

actualmente vinculadas a la OIA.

(viii) Entrevista con Mariano José Guerra, abogado asesor de la Organización Indígena de Antioquia.

III. Marco de interpretación. Elementos históricos y etnográficos sobre el pueblo embera chamí de Cristianía.

Para dar respuesta a las cuestiones específicas planteadas en el dictamen, es necesaria una aproximación al contexto en el que se desarrolla el proceso de construcción de derecho propio en la comunidad de Cristianía. Contexto que involucra una mirada a la historia de la conformación del resguardo y de reconstrucción de instituciones políticas y jurídicas propias, así como a las interacciones que en la actualidad tienen lugar entre las gentes de Cristianía y la sociedad hegemónica.

Los indígenas de Cristianía proceden de la familia lingüística Karib, grupo lingüístico Chocó y etnia embera. Como lo señala el antropólogo Sergio Iván Carmona, al interior de esta etnia se distinguen tres grupos principales, atendiendo a su patrón de poblamiento ancestral:

- Las 'gentes de río' (dobidá, en lengua embera), que habitan las cuencas de ríos caudalosos como el Atrato, San Juan y sus tributarios, el Bojayá y el Baudó, al igual que algunos grupos del alto río Sinú; todos los cuales tienen en común el que su vida gira en torno a los recursos del río.

- Las 'gentes de selva' (oibidá), que se asientan en regiones selváticas de difícil acceso, a lo largo de quebradas alejadas de los cursos mayores, y en situación de relativo aislamiento incluso de otros grupos de la misma etnia.

- Las 'gentes de montaña' (eyabidá), se ubican la cordillera occidental, en zonas altas de vertiente al lado de pequeños cursos de agua, siendo sus núcleos principales los chamí que habitan los departamentos de Risaralda, Caldas y el suroeste de Antioquia. Dado que se asientan en zonas de colonización, usualmente sus asentamientos consisten en pequeñas extensiones de tierra, rodeadas de haciendas y tierras de colonos y cercanas a las cabeceras municipales (Carmona M., 1993:297-298).

Los embera chamí de Cristianía pertenecen a este último grupo y participan del patrón de

poblamiento que describe este autor.

De acuerdo con las investigaciones realizadas por historiadores y antropólogos, a la llegada de los españoles los embera tenían una organización socio-política segmentaria, en la que se distinguían varios niveles de integración progresivamente incluyentes: familia nuclear, la familia extensa, parcialidades o comunidades, hasta llegar a las provincias cuyo territorio usualmente estaba delimitado por ríos.

La organización social se basaba en parentelas locales relativamente autónomas e incluso rivales entre sí, que sólo llegaban a establecer alianzas y a reconocer una jefatura común como estrategia coyuntural para enfrentar enemigos comunes o amenazas de gran magnitud. Estas alianzas siempre tenían un carácter provisional y terminaban por disolverse cuando desaparecían las razones que las motivaban, debido a que, en situaciones de normalidad, el poblamiento disperso y la autonomía relativa de las parentelas se revelaba como la estrategia de organización social más adecuada para lograr el control y usufructo del territorio y sus recursos (Carmona M., 1993:300).

Al respecto, la antropóloga Ana Cecilia Hernández señala que:

‘Los Embera se han caracterizado por la carencia de jefaturas centralizadas o instituciones con poder político... tradicionalmente la autoridad radicaba en el padre o anciano del grupo de parientes, cuando se requería su opinión para dirimir problemas familiares. La autoridad se basaba en el parentesco y en ocasiones coincidía que este hombre de más edad era el jaibaná del grupo, pero su condición jaibanística no lo convertía en autoridad política.

A la llegada de los españoles, la organización interna consistía en provincias (Noamá, Poyá, Tatamá, Citará, Raposó), que se dividían a su vez en parcialidades lideradas por jefes guerreros. Estas parcialidades estaban constituidas por parentelas, por lo general enemigas, y mantuvieron conflictos violentos entre sí en razón de los efectos jaibanísticos. Desde el origen del pueblo Embera existe un Jaibaná en cada río o vereda correspondiente a una parentela.

Las parcialidades podían llegar a unirse en contra de un enemigo común (otra provincia, otro grupo étnico, los españoles). También varias provincias podían aliarse en contra de la administración colonial’ (Hernández Escudero, 1995: 41).

Esta ausencia de jefaturas políticas centralizadas que trascendieran la esfera de la familia extensa es una característica importante para entender las dificultades que históricamente ha tenido la inserción y consolidación de la figura del cabildo dentro de la organización socio política de los emberas.

En efecto, la estrategia de control de la población indígena durante la colonia giró en torno a su concentración en pueblos de indios y resguardos, lo que representó un cambio importante en el patrón disperso de asentamiento de los emberas. Asimismo, la introducción de la figura del cabildo, liderado por 'caciques' y 'capitanes', dependientes del corregidor hispano, representó la implantación de una autoridad política permanente, que trascendía la organización tradicional basada en parentelas locales y sustituía a los jefes guerreros ('sarra') que, solo de manera circunstancial, los emberas reconocían como autoridad en tiempos de alianzas (Carmona M., 1993:301).

En su trabajo sobre la organización social y política de los emberas, el sociólogo Carlos Augusto Salazar llama la atención sobre las dificultades que tuvo la implantación de la figura del cabildo. Tras revisar investigaciones de historiadores y antropólogos sobre la organización socio-política de los embera durante la colonia, sostiene que: 'la política hispana de nuclear la población y organizarla en cabildos iba en contravía de la dinámica guerrera, de la forma de poblamiento y de producción de los emberas'. La figura de los caciques y capitanes, como cabeza de los cabildos, fue impulsada por los españoles con el fin de destacar 'personajes de autoridad' que facilitarían el control social de la población indígena. Sin embargo, 'la debilidad de la autoridad de estos nuevos jefes inducidos por presión externa la hace notar un misionero, quien constata que tales jefes "sólo tienen nombre de cacique, porque en lo demás ni tienen gente ni le respetan los indios por tal cacique"' (Salazar, 1990:22).

Pese a su inestabilidad, 'el régimen del cabildo funcionó por más de un siglo en importantes sectores de los emberas, bajo un cacique o gobernador exento de tributos, tutelado por el corregidor hispano'. Entretanto, la política de disolución de resguardos y cabildos impulsada tras la independencia tuvo consecuencias traumáticas, por cuanto 'conflictos internos que anteriormente habían sido vigilados y en algún modo solucionados por las autoridades españolas, tuvieron ahora que enfrentarlos los indígenas mismos. En el Chocó los desórdenes y disturbios llevaron a una desintegración completa de la sociedad indígena colonial... Los

embera dejaban los pueblos y 'resguardos', transfiriéndose en pequeños grupos dispersos hacia las cabeceras inaccesibles de los ríos' (Salazar, 1990:23).

La conformación del resguardo de Cristianía

El resguardo de Cristianía se localiza al noroeste del municipio de Jardín, en límites con Andes, entre la margen derecha del río San Juan y la margen izquierda de la quebrada San Bartolo. Su territorio está atravesado por la vía que comunica los cascos urbanos de los municipios de Andes y Jardín, y a pocos kilómetros de ambas cabeceras municipales, lo que genera una permanente interacción con los demás habitantes de la región.

De acuerdo con los datos que ofrecen las monografías de Alejandro González Tascón (1985) y Ana Cecilia Hernández Escudero (1995), así como a la memoria que conservan los actuales pobladores de Cristianía, su llegada a la zona data del siglo XIX, como resultado del desplazamiento de un núcleo de indígenas procedentes de la región de San Antonio del Chamí⁷⁴.

Alejandro González Tascón señala que la formación del núcleo de población indígena que en la actualidad conforma el resguardo de Cristianía se remonta a 1823, cuando llegó el cacique José Vicente Guaticamá con su familia, procedente de la región de San Antonio del Chamí y se ubicó en un sitio denominado 'La Bodega'. Posteriormente se desplazaron al sur de la población de Andes, debido a la presión de los colonos que llegaban a la región. El cacique José Vicente Guaticamá ubicó su tambo cerca del desembocamiento de la quebrada 'Bartolo'. Luego llegaron otras familias procedentes de la misma región de donde había llegado el cacique Guaticamá. A partir de 1840 comenzó una ofensiva de colonos procedentes de otros municipios de Antioquia para apoderarse de las tierras que ocupaban los indígenas, quienes se refugiaron en la zona de desembocadura de la quebrada Bartolo (González Tascón, 1985:10).

Este relato coincide con el de Ana Cecilia Hernández, quien señala que a partir de 1841 la Gobernación de Antioquia otorgó a los señores Juan Uribe, Gabriel Echeverri y Juan Santamaría concesiones de tierras 'baldías' en el suroeste antioqueño para cancelar bonos de deuda pública. Los titulares de las concesiones, a su vez, ofrecieron parcelas a familias pobres de Medellín, Envicado, Caldas, La Estrella y Amagá, a cambio de abrir una trocha entre Fredonia, la Pintada y las minas de Marmato. El impulso colonizador se extendió hacia

el municipio de Jardín, donde en 1860 Indalecio Peláez y Clara Echeverri compraron el territorio comprendido entre los ríos Salado y Valcanes para repartirlo en amplias parcelas entre familias provenientes de Amagá, La Estrella, Fredonia y Marinilla. Todo ello supondrá una reducción considerable del territorio habitado por los indígenas quienes, no obstante, en medio de la presión colonizadora, logran de la Gobernación de Antioquia la titulación colectiva de 276 hectáreas por medio de la escritura 977 de 1874, en la que figuran como beneficiarias 18 familias indígenas de la zona (Hernández Escudero, 1995:42-43).

La consolidación del monocultivo del café en la región traerá consigo importantes transformaciones en la economía de los indígenas de Cristianía, quienes progresivamente abandonarán una economía de subsistencia, basada en la caza, la pesca (que disminuyen ostensiblemente como resultado de la tala de bosques, la contaminación del río y el aumento de la población en la zona) y los cultivos de pancoger, para depender cada vez más de la integración al mercado local como pequeños cultivadores de café, caña y hortalizas, consumidores de productos de elaboración industrial que complementan la dieta alimenticia, e igualmente como proveedores de mano de obra para las hacienda cafeteras o el servicio doméstico (Hernández Escudero, 1995:43).

Otro hito importante en el proceso de transformación cultural y social de los indígenas de Cristianía lo constituye la llegada a la zona del sacerdote Ezequiel Pérez en 1917, quien impulsó la construcción de la capilla y de la escuela, ofició las primeras misas e impartió los sacramentos a los indígenas. Según relata Alejandro González Tascón ‘fue en aquella capilla donde el nombre original de la comunidad dejó de ser como tal, pues ‘Caramanta’ se llamaba en ese entonces, pero el padre Pérez la llamó ‘Cristianía’, que en lengua chamí significa ‘soy cristiano’” (González Tascón, 1985:53; Hernández Escudero, 1995:57).

La influencia conjunta de la capilla y la escuela afectarán de manera importante elementos de la cultura Embera como el jaibanismo, la alimentación tradicional, el vestido, la pintura, los adornos corporales y el uso de la lengua. Pero aún cuando desde entonces ambas instituciones han ejercido una notoria influencia en Cristianía, sus habitantes han logrado mantener vivos marcadores étnicos tan importantes como la lengua y la tradición jaibanística que, conjugados con otros elementos resultantes de su interacción con el entorno, han forjado el particular modo de ser indígena de las gentes de Cristianía.

Además de la inserción dentro de la economía cafetera y de la influencia del catolicismo, otro de los fenómenos que permite comprender el proceso de construcción de identidad de los indígenas de Cristianía es la dinámica de lucha por la tierra que tendrá lugar con los colonos de la zona, quienes para finales de los años 30 del siglo XX logran apoderarse de una parte considerable de las tierras de los indígenas, quedando estos últimos con el control efectivo de tan sólo 140 hectáreas. Esta confrontación se intensificará durante el período de violencia política que se desencadenó tras el asesinato de Jorge Eliécer Gaitán. González Tascón señala que para entonces los indígenas de Cristianía, considerados como liberales, fueron atacados por los 'chusmeros' conservadores, quienes en varias oportunidades pretendieron invadir la parcialidad, pero fueron repelidos por los indígenas. Este período de confrontación constituiría un hito importante en el proceso de construcción de Cristianía como comunidad y daría lugar al surgimiento de liderazgos como los de José Diego Yagarí y José de los Santos Baquiza, entre otros, quienes evocarán la vieja figura del líder con funciones de defensa y generarán procesos conducentes a la futura reconfiguración del cabildo, la cual tendrá lugar desde finales de los 50, pero se consolidará de manera definitiva a partir de 1976 (González Tascón, 1985: 14; Hernández Escudero, 1995_57).

En 1958 los líderes de Cristianía iniciaron gestiones ante el Gobierno Nacional para denunciar la situación de hacinamiento en la que se encontraban y solicitar la ampliación del territorio, ya que para entonces sus 900 habitantes se hallaban confinados en 140 hectáreas. En respuesta a esta solicitud, durante el gobierno de Lleras Restrepo se propuso su traslado a una región selvática ubicada entre Dabeiba y Mutatá, pero los indígenas se opusieron a esta iniciativa (González Tascón, 1985:21).

En el marco de las movilizaciones por la tierra protagonizadas por campesinos e indígenas durante los 70, los líderes de Cristianía entran en contacto con el movimiento indígena del Cauca, agrupado en torno al CRIC (Consejo Regional Indígena del Cauca), el cual ejercerá una importante influencia en el proceso organizativo y en las luchas por la recuperación de tierras que se intensificarán a finales de la década. Ello dará lugar a la reconstitución del cabildo en 1976, que a partir de entonces servirá no sólo como una instancia de interlocución de las gentes de Cristianía con las autoridades estatales y otras organizaciones sociales (sindicales, estudiantiles) e indígenas con las que habrán de interactuar en su proceso de recuperación de tierras, sino que comenzará a desplazar a los Inspectores de Policía en el ejercicio de funciones de control social dentro del territorio del resguardo (González Tascón, 1985:23 y

ss; Hernández Escudero, 1995: 69 y s.).

Ante la ineffectividad de las gestiones legales ante el Incora, al finalizar la década del 70 los líderes de Cristianía promovieron la ocupación de dos fincas de la región, Villa Inés y Sorrento. Durante esta época el abogado indígena Luis Aníbal Tascón ejerció un liderazgo importante, como gobernador del cabildo, asesor jurídico de la comunidad y defensor de los indígenas procesados con ocasión de las tomas de tierras. Tras su muerte violenta en 1981, la comunidad obtuvo del gobierno departamental el compromiso de titular las dos fincas ocupadas, de una extensión total de 211 hectáreas, lo que a la postre ocurriría en febrero de 1982 (González Tascón, 1985:50).

Entre 1991 y 1992 se logró la titulación de 4 fincas por parte del INCORA (Hernández Escudero, 1995: 75 y 22). Pero hasta entonces ninguna de las tierras recuperadas fue titulada a la comunidad bajo la figura del resguardo, lo que sólo tendría lugar hasta 1995 cuando, mediante Resolución 59 del 7 de diciembre, el INCORA constituyó el resguardo de Cristianía. En 2001, mediante Resolución 037 del 24 de septiembre de 2001, el INCORA amplió el resguardo con la adjudicación del predio Dojuru, localizado en Andes, con un área de 978-4775 has.

Un elemento importante a considerar en el proceso de conformación de Cristianía como resguardo y comunidad indígena, que tendrá alguna relevancia en el conflicto que emerge en la presente acción de tutela, es el relacionado con la titulación y las formas de administración de la tierra que forma parte del territorio de la comunidad. La tierra titulada en 1874 tradicionalmente ha sido distribuida y explotada por las unidades familiares a título individual, mientras que los predios recuperados a comienzos de los 80 y 90 se administraron bajo la figura de la empresa comunitaria, cuya creación fue estimulada por el INCORA y el CRIC, a semejanza del modelo adoptado por los nasa para administrar las tierras recuperadas, pero cuya implementación generó una división al interior de la comunidad, entre quienes proponían el reparto individual de la tierra por familias y quienes consideraban que la tierra debía administrarse comunitariamente, siguiendo el modelo de empresa comunitaria. Esto dio lugar a la división el territorio en dos sectores, la llamada 'Cristianía Vieja', correspondiente a las tierras tituladas desde finales del siglo XIX y administradas por grupos familiares, sin la intervención del cabildo, y las tierras recuperadas, administradas por la empresa comunitaria bajo la dirección del cabildo (Hernández Escudero, 1995: 98 y ss).

Aún cuando las diferencias se han matizado tras la disolución de la empresa comunitaria, el cabildo ha tenido mayores dificultades para ejercer jurisdicción sobre 'Cristianía Vieja' que sobre las tierras recuperadas con posterioridad. Asimismo, como lo pone de manifiesto Ana Hernández, el patrón de distribución de las parcelas y de reparto de los beneficios derivados de la empresa comunitaria incidió en la segmentación de las familias extensas y la consolidación de la familia nuclear, debido a la asignación de sitios de vivienda a cada familia nuclear en lugares alejados del resto de su parentela, rompiendo así el patrón de poblamiento tradicional, basado en la ubicación contigua de las distintas familias pertenecientes a una misma parentela (Hernández Escudero, 1995:99).

Esta ruptura también ha sido propiciada por la emigración de buena parte de los miembros de la comunidad fuera del territorio, principalmente a los centros urbanos cercanos, a la ciudad de Medellín y al departamento del Valle. Según información suministrada por Dora Yagarí, de los 1736 integrantes de la comunidad (según datos del último censo) alrededor de 500 de ellos han salido del territorio en busca de oportunidades laborales y educativas.

Se advierte entonces la transformación de una organización social basada en la familia extensa, que si bien no ha desaparecido por completo, paulatinamente se disuelve en familia nuclear (a raíz de factores como la distribución de tierras, la empresa comunitaria, la migración fuera del territorio), para ser reemplazada por la integración de la comunidad de Cristianía, construida como tal a partir de la cohesión social que se impulsa con el proceso de recuperación de tierras liderado por el cabildo. Asimismo se advierte la coexistencia de elementos tradicionales, como la lengua, el jaibanismo, los vínculos de solidaridad entre los miembros de una misma parentela, con elementos adquiridos y transformados como resultado de la interacción con el entorno, entre ellos nuevas formas organizativas como el cabildo, la empresa comunitaria y los grupos organizados de mujeres, jóvenes, sectores productivos, las organizaciones indígenas de segundo nivel (como la Organización Indígena de Antioquia - OIA) que en la actualidad interactúan de manera compleja con los elementos de la tradición.

Esta compleja interacción se manifiesta en el diseño y funcionamiento de las instituciones de control social en Cristianía, cuya comprensión es necesaria para dar respuesta a las preguntas formuladas por la Corte Constitucional.

IV. La construcción de instituciones de control social.

El proceso de construcción de instituciones de control social en la comunidad Embera del resguardo de Cristianía puede ser comprendido como el resultado de la interacción, no exenta de conflictos, entre los siguientes actores e instituciones:

- La organización social tradicional Embera, basada más en la autoridad de los grupos familiares que en el reconocimiento de una autoridad central.
- La institución del jaibanismo.
- La figura del cabildo, que si bien se remonta a la colonia y se mantiene en la república como forma de gobierno indirecto de los pueblos indígenas, sólo comienza su proceso de consolidación en Cristianía desde la segunda mitad del siglo XX, y en particular desde 1976, cuando se erige en la institución que lidera el proceso de recuperación de tierras y paulatinamente se conforma ya no sólo como una instancia de interlocución con las instituciones estatales sino como una instancia de gobierno propio.
- Instituciones indígenas de segundo nivel como la OIA (Organización Indígena de Antioquia).
- Instituciones externas como la iglesia, la escuela, la inspección de policía, la procuraduría provincial, las autoridades penitenciarias, la jurisdicción ordinaria y la expectativa de consolidación de una jurisprudencia constitucional que pueda articularse con la ordinaria.

En un documento elaborado por la Organización Indígena de Antioquia sobre experiencias de justicia propia en algunas comunidades Embera del departamento, se recuerda que entre los antiguos Emberas la principal autoridad era el jefe del grupo familiar, generalmente un jaibaná, a quien le correspondía dirimir los conflictos entre los miembros de la parentela. Cuando surgían problemas entre miembros de distintas parentelas, los jefes de cada familia se reunían hasta llegar a un acuerdo. Además de estas conciliaciones o acuerdos entre familias (conocidas como ituade en lengua Embera), para resolver los conflictos también se acudía al canto del jai (para quitar el jai malo en casos de jaibanismo), a la huida de una de las familias involucradas, que establecía su vivienda en otro lugar, con el fin de evitar venganzas y nuevos problemas. Finalmente, cuando era imposible llegar a acuerdos entre

familias o estos se incumplían, se apelaba a la venganza de sangre (OIA, 2001:7).

Además de la importancia de las parentelas, de esta clasificación emerge el jaibanismo como un elemento central de la cultura Embera, que desempeña un papel importante en la gestión de conflictos y en el ejercicio de control social.

Los Embera denominan jais a las energías materiales que constituyen la esencia de todas las cosas, identificando su presencia aún en aquellos objetos que nosotros consideramos inanimados. Según explica el antropólogo Luis Guillermo Vasco:

‘El poder del jaibaná está fundado en su capacidad de acceder a los jais y controlarlos y, con ello, incidir en la causalidad de todo lo que ocurre en el mundo. Es, pues, el dueño de las esencias y su poder es total. Por eso se narra que puede volar, producir terremotos, tempestades e inundaciones y moverse a voluntad por los tres mundos que identifican los embera. Este poder puede ser usado para hacer bien a su grupo social, pero también puede hacer el mal; si cura la tierra y a los hombres, igualmente puede enfermarlos; si propicia la abundancia, puede traer la escasez. Así la actitud de los embera frente a él es ambivalente, es respetado y querido y, a la vez, es temido y puede llegar a ser odiado, perseguido y muerto’.

(...)

‘...no hay ninguna información que muestre que en alguna época su poder haya sido la base para que obtuviera también un poder o jefatura política, aunque es posible que en épocas de guerra varias comunidades se hayan unido para la lucha bajo la dirección de un jaibaná. Sólo en los recientes procesos de organización en cabildos, forma extraña e impuesta desde afuera a las comunidades, algunos pocos jaibanás han llegado a ocupar el cargo de gobernadores de cabildo.

En general, la tendencia es a que cada grupo de parentesco tenga su propio jaibaná, a veces cada familia lo tiene, pero algunos pocos -llamados jaibaná ara o jaibaná troma-, con base en sus capacidades excepcionales, llegan a tener un prestigio que va más allá de su grupo de pertenencia y son buscados por gentes de otros grupos, a veces muy alejados, para que realicen sus actividades o sean maestros de otros jaibanás.

Es característico el permanente enfrentamiento entre los diversos jaibanás. Por eso es frecuente que uno de ellos con un grupo de sus familiares o adeptos, abandone su sitio de habitación y emigre en busca de otro hábitat. Por ello, tienen un papel importante en los procesos de segmentación que distinguen a la sociedad embera'. (Vasco Uribe, 1993).

De acuerdo con la antropóloga Ana Hernández, el jaibanismo desempeñó un papel de gran importancia en el proceso de adaptación territorial que tuvo lugar durante el siglo XIX, al establecer el orden social, cultural, económico y político. Tales regulaciones 'expresaron el control a partir de pautas de moralidad para los jóvenes y de la preservación de la salud individual y colectiva, como también del dominio de los espíritus, de la organización y celebración de ritos y fiestas tradicionales, para el niño y la mujer... de ritos a la tierra y a los ríos para aumentar la actividad agrícola y sostener la pesca, lo mismo que la toma de decisiones frente a la administración de la tierra y a la asignación de lotes a nuevas familias que se formaron o emigraron' (Hernández Escudero, 1995:56).

En la memoria de los habitantes de Cristianía se recuerda a los jaibanás de esa época como caciques que ejercían el control al interior del territorio y encabezaron su defensa frente a agresiones externas. Pero durante el siglo XX esta función de control social se ve desplazada e incluso reprimida por la penetración de instituciones como la iglesia y la escuela, cuya influencia es recordada con especial intensidad a partir de 1917, con la llegada a la región del sacerdote Ezequiel Rojas, la maestra María Josefa Calderón y las monjas de la comunidad religiosa de la Madre Laura.

Sin embargo, el jaibanismo pervive en Cristianía, como una forma de control social difuso que a la vez que tiene la capacidad de contener y prevenir el surgimiento de conflictos, también constituye una fuente importante de conflictividad interna (Carmona, 1993:134). Esto último porque si en el pasado los conflictos entre parentelas derivados de las acusaciones de jaibanismo se zanjaban con la emigración de uno de los grupos familiares involucrados, dando lugar a la conformación de nuevos territorios y nuevas comunidades, es posible comprender el impacto que ha tenido la transformación del entorno, la ocupación de las tierras circundantes y la reducción del territorio al espacio delimitado por el resguardo en el aumento de la conflictividad interna derivada del jaibanismo, dado que la emigración ya no es una opción posible y dicha conflictividad debe ser gestionada dentro de los confines del territorio.

A partir de la segunda mitad del siglo XX y vinculado a la dinámica de lucha por la recuperación de tierras, comienza un proceso de apropiación de las instituciones de la Ley 89 de 1890, que dará lugar a la conformación del cabildo. En 1956 se elige como gobernador del cabildo al jaibaná Jesús Vélez González y en 1960 a Pablo Emilio Yagarí Tascón, también jaibaná. Aunque en sus inicios la principal función del cabildo fue la de servir como instancia de interlocución con las entidades departamentales y nacionales ante las que se gestiona la titulación de sus tierras, también desempeñaba algunas funciones de control social interno, tales como la elaboración del censo de población, la preservación de valores tradicionales, la mediación en conflictos entre miembros de la parcialidad y el apoyo a las autoridades civiles. (González Tascón, 1985:82 y s; Hernández Escudero, 1995:62; Valencia, 2002:120).

Pero casi desde sus inicios este proceso de organización interna se verá interferido por la decisión de la Gobernación de Antioquia de nombrar inspectores de policía, quienes durante la década de los 60 y hasta mediados de los 70 serán los encargados de ejercer el control social en la zona. Utilizando una estrategia similar a las formas de gobierno indirecto empleadas durante la colonia, en un principio se nombró como Inspector de Policía al gobernador del cabildo, cargo que para entonces ocupaba Pablo Emilio Yagarí. Sin embargo, la oposición que generó este nombramiento, que a la postre daría lugar a la muerte del primer inspector a manos de otro indígena de la parcialidad, pone de manifiesto la dificultad para consolidar una autoridad interna que lograra ser reconocida e imponerse sobre las distintas parentelas. Como explica González Tascón, 'después de la muerte de Pablo Yagarí la comunidad se quedó sin ninguna representación, pues los emberas sentían temor de elegir un nuevo gobernador, para evitar más hechos sangrientos' (González Tascón, 1985:84).

Los inspectores nombrados con posterioridad fueron personas ajenas a la comunidad, situación que debilitó aún más el proceso de organización interna en torno al cabildo, dado que los inspectores impulsaron de manera paralela la creación de juntas de acción comunal. Esta forma organizativa, establecida por la Ley 19 de 1958, también sería auspiciada por instituciones como el Ministerio de Justicia, la Gobernación de Antioquia y la Federación de Cafeteros (Hernández Escudero, 1995:64).

Durante este período, en el que la tendencia a la centralización de la autoridad de los grupos familiares en torno a instituciones de gobierno propio se verá interrumpida por la presencia de instituciones externas, cobrará mayor fuerza la segmentación social en parentelas, que se

manifiesta incluso en la fragmentación del territorio. Como explica Alejandro González Tascón,

‘En Cristianía existieron grupos de familias identificadas por apellidos, quienes se ubicaron en distintos sectores del asentamiento: los Panchí en la parte oriental; los Saigama, en la parte norte, ribera izquierda de la quebrada San Bartolo; los Tascón, parte central, lo mismo que los Carupia; los Yagarí, al sur, suroeste y parte occidental de la parcialidad; los González, al occidente.

Cada sector tenía una especie de dirigente o jefe. Esta forma de división dentro del resguardo motivó muchas discordias y hechos de sangre, que generalmente tenían lugar después de las fiestas en las que departían los miembros de distintas parentelas (González Tascón, 1985:86).’

Este patrón de distribución territorial por grupos familiares representa un sucedáneo de la emigración a otros territorios, que en el pasado fue utilizado por los emberas como mecanismo para poner fin a conflictos entre parentelas, pero que cada vez más se dificulta ante la escasez de nuevas tierras para asentarse, así como debido a los cambios en la organización económica. Por otra parte, la venganza de sangre se mantendrá como un mecanismo de gestión de conflictos que no logra ser contenida por la intervención de las autoridades externas -Inspectores de Policía, Juzados Municipales- encargadas de ejercer el control social en Cristianía (Hernández Escudero, 1995:66).

El año de 1976, en el contexto de las luchas indígenas y campesinas por la recuperación de tierras, tendrá lugar la reconstitución del cabildo, que desde entonces pasará a convertirse en otro de los elementos con los que Cristianía construye su identidad como comunidad indígena, siendo la primera comunidad en el departamento de Antioquia en adoptar esta figura como forma de gobierno (Valencia, 2002:120; OIA, 2001:9). Si bien se trata de una institución heredada del derecho colonial por la legislación republicana, la existencia de los cabildos no puede entenderse sólo como el resultado de una imposición colonial que los pueblos indígenas se ven forzados a adoptar para lograr ser reconocidos y tener una instancia de interlocución con las instituciones estatales, sino que esta figura será apropiada y resignificada como una estrategia de defensa territorial, un símbolo de la autonomía y una institución central en los procesos de fortalecimiento de la identidad indígena que tendrán

lugar a partir de este período.

Esta particular inserción de la figura del cabildo en Cristianía es destacada por investigadores como María del Pilar Valencia, quien señala que 'en un primer momento su papel fundamental no se concentró en el ejercicio de la autoridad sino en la representación de la comunidad para la defensa de sus derechos, principalmente los territoriales. Paulatinamente ha asumido funciones como autoridad y en la gestión administrativa. Este último papel no ha atendido patrones tradicionales, por el contrario, ha obedecido a la necesidad de generar nuevos lazos de cohesión social que les permitan sobrevivir como grupo cultural inmerso en una sociedad nacional integracionista y etnocentrista' (Valencia, 2002:120).

Por eso, aunque la organización tradicional de los emberas se ha basado más en el poder de los grupos familiares que en el reconocimiento de una autoridad central, que históricamente sólo ha aparecido de manera episódica, para acometer la defensa del grupo frente a agresiones externas, en las últimas tres décadas la figura del cabildo ha logrado mantenerse en Cristianía. Permanencia que se explica, entre otras razones, por la legitimidad que le otorga el papel desempeñado en el proceso de recuperación y defensa del territorio; por la dinámica de organización social que a su vez es propiciada por la existencia del cabildo, tanto al interior de la comunidad (asambleas, conformación de grupos de mujeres, de jóvenes, etc.) como a través de la vinculación, a través del cabildo, con otras expresiones del movimiento indígena y con otros movimientos sociales; por la necesidad de contar con una figura de autoridad centralizada que desempeñe las funciones administrativas y de control social que paulatinamente serán asumidas por los gobiernos indígenas, especialmente tras la reforma constitucional de 1991.

Sin embargo, la consolidación de la figura del cabildo no ha significado la desaparición de la autoridad tradicional de las parentelas. Así lo destaca Nuri Yagarí, indígena de Cristianía e integrante de la Organización Indígena de Antioquia (OIA): 'Esa figura de cabildo existe para efectos políticos, pero aún se tiene el referente entre los emberas, tanto los chamíes como los katíos, la figura del jefe de parentela. Ese referente de las familias todavía existe'⁷⁵.

Esta coexistencia compleja entre un proceso de centralización de la autoridad en torno a la institución del cabildo y la permanencia de la autoridad segmentada de los jefes de cada grupo familiar, es un elemento clave para entender el origen de muchos de los conflictos que

actualmente existen entre los habitantes de Cristianía, así como las dificultades que ha tenido el cabildo para ser reconocido ya no sólo como una institución que ejerce la vocería de la comunidad frente a los kapunía, sino además como una instancia de jurisdicción imparcial que logre trascender e imponerse sobre los distintos grupos familiares que habitan el territorio del resguardo.

Tras la reconstitución del cabildo en 1976, éste paulatinamente comenzará a desplazar a los Inspectores de Policía en el ejercicio de funciones de control social dentro del territorio del resguardo (González Tascón, 1985:23 y ss; Hernández Escudero, 1995:69 y s.). En principio, el cabildo asumió el conocimiento de conflictos menores, tales como hurtos entre comuneros, y de otros conflictos mayores, como las acusaciones por jai malo, que no recibían sanción en el derecho kapunía. Sin embargo, la mayor parte de los conflictos eran decididos por la justicia ordinaria. Durante esta fase, el ejercicio de jurisdicción se concentraba en la figura del gobernador, quien decidía la sanción a imponer en cada caso de acuerdo a la gravedad del delito. Así lo recuerda don Amado Carupia, ex gobernador de Cristianía, quien señala: 'Antes se sancionaba según la gravedad del delito. Entre 1976 y 1998, la cabeza visible era el gobernador, se reunía una asamblea de líderes, ponían en consideración la gravedad de la falta y la sanción y el gobernador tomaba la decisión... Cuando empieza el cabildo en 1976 y en los 80, esa parte sancionadora la toma el gobernador según la ley 89'76.

El reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena trajo consigo un aumento de las funciones de control social interno a cargo de los cabildos. Durante la década del 90 se pondrán en marcha diversos procesos orientados a fortalecer las instituciones de justicia propia y a establecer mecanismos de coordinación con la justicia ordinaria. En el caso de Cristianía se destaca el proyecto denominado 'Constituyente Embera', realizado entre 1998 y 2001, el cual generó un amplio espacio de reflexión y participación de la comunidad en el diseño de sus instituciones de justicia, cuyos resultados en buena medida han definido el rumbo actual del proceso de construcción de derecho propio en Cristianía.

Este proyecto, financiado con recursos de cooperación internacional, contó con la participación de las autoridades del cabildo, los grupos organizados existentes al interior de la comunidad, y de los abogados Luis Javier Caicedo y María del Pilar Valencia, en calidad de asesores externos. Como señala esta última, 'de acuerdo con la concepción originaria de quienes formularon el proyecto se esperaba que al final del trabajo se definiera una especie

de código o constitución indígena que regulara la vida comunitaria. Sin embargo, al iniciar el proceso, en consenso con el cabildo y los líderes, se le dio un nuevo enfoque que apuntara más bien al establecimiento de un sistema de administración de justicia apropiado para las circunstancias actuales de la comunidad' (Valencia, 2002: 122).

En la primera fase del trabajo se hizo un recuento de las formas tradicionales de administración de justicia y la implementación de mecanismos que en algunos casos habían funcionado o se venían aplicando. Asimismo, se llevó a cabo un diagnóstico de los principales problemas que se presentan en la comunidad, los cuales se clasificaron en varios grupos: problemas familiares; territorio y ambiente; jaibanismo y maleficio; gobierno y administración; control social y delitos. En cada grupo se identificaron los casos pendientes de resolución, definiendo que a la hora de plantear propuestas se partiría de analizar la solución que debería darse a cada uno de estos casos, la cual serviría de referencia para decidir conflictos futuros (OIA, 2001:13 y s).

Por otra parte, tras analizar la experiencia de ejercicio de jurisdicción por parte del cabildo se concluyó que las funciones de gestión ocupaban mucho tiempo, lo que llevaba a descuidar el ejercicio de funciones de control social interno. Asimismo, se puso de manifiesto las limitaciones del cabildo para impartir justicia en casos que involucraban a sus parientes o a integrantes de parentelas rivales y la pérdida de autoridad de los ancianos y jaibanás en la toma de decisiones relativas al control social interno (Valencia, 2002:122).

Con el fin de superar estas falencias se acordó la creación de un nuevo órgano, el Consejo de Conciliación y Justicia, integrado por el Vicegobernador del Cabildo y cuatro consejeros elegidos por la asamblea de la comunidad para períodos de un año. Los consejeros 'deben ser personas de ética, (ser reservados en sus asuntos), tener actitud neutral frente a sus familias, un mínimo de preparación académica y no tener antecedentes'⁷⁷. En principio se estableció que el Consejo de Conciliación y Justicia asumiría el conocimiento y sanción de las faltas graves, dejando el juzgamiento de las faltas leves y medianas en manos del Cabildo, quien ejercería esta función a través de uno de sus miembros, el Vicegobernador, quien además de participar también como integrante del Consejo de Conciliación y Justicia, es la autoridad encargada de manejar las relaciones con los centros carcelarios.

Cabe señalar que este nuevo órgano se vio abocado a iniciar sus labores al momento mismo

de ser creado. Apenas iniciada la fase de diagnóstico del proceso constituyente embera, tuvo lugar una especie de 'emergencia judicial' en Cristianía, originada en el envío de cerca de 22 expedientes remitidos desde la jurisdicción ordinaria a las autoridades indígenas, a raíz de la reciente anulación en la justicia ordinaria de algunos procesos bajo el argumento de que su trámite correspondía a la jurisdicción indígena. Tal circunstancia tuvo importantes consecuencias en el desarrollo del proceso constituyente embera: por un lado, impuso cambios importantes en la metodología de trabajo, pues 'sin agotar suficientemente la fase de diagnóstico tuvo que adelantarse en forma paralela la formulación de propuestas (prevista como fase final), para definir una instancia que iniciara la investigación y toma de decisiones en relación con los asuntos más urgentes, en especial los que tenían preso. Los casos fueron resueltos por el Consejo de Conciliación, algunos por acuerdos entre las partes y actas de compromiso y en otros se han impuesto sanciones' (OIA, 2001:23 y s). Por otra parte, la coincidencia entre el proceso de reflexión de la comunidad sobre el diseño de sus instituciones de justicia y la creación simultánea de espacios de coordinación entre las autoridades indígenas y de la justicia ordinaria se verá reflejada en los resultados del proceso constituyente embera y en el desarrollo posterior de sus instituciones de justicia, en particular en la alta dependencia de instituciones, categorías y autoridades del derecho estatal.

Los resultados de este proceso se plasmaron en dos documentos, que fueron aportados por el accionante en la presente acción de tutela: el 'Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía' y el 'Dachi Código'. En el primero se establecen las funciones de control social a cargo del Cabildo, el Consejo de Conciliación y Justicia, la Asamblea General; se definen algunos aspectos del procedimiento, tales como la conciliación, la detención preventiva, el derecho de defensa y las circunstancias en las que el procesado puede acudir a la acción de tutela; asimismo se establecen las sanciones a imponer en caso de que no sea posible la conciliación.

El 'Dachi Código', por su parte, representa un intento de codificar y predeterminar la sanción aplicable a cada uno de los problemas de la comunidad que fueron identificados en el proceso constituyente embera y clasificados en cinco grandes grupos: problemas familiares; territorio y ambiente; jaibanismo y maleficio; gobierno y administración; sociales.

Sin embargo, sería equivocado atribuir a estos documentos un significado equivalente al que

se confiere a las normas penales sustantivas y de procedimiento que forman parte del derecho ordinario. Estas últimas adquieren sentido en el marco de un modelo de racionalidad codificada, heredado de la Ilustración, conforme al cual el derecho es concebido como un conjunto de normas preexistentes, que tipifica de manera precisa, bajo la forma de normas universales, las conductas constitutivas de falta y las sanciones a imponer. Desde esta perspectiva, una decisión justificada es aquella que se fundamenta en la aplicación de aquellas normas. La escritura ocupa un lugar de primer orden en ese modelo de racionalidad, porque es la que permite positivizar la norma, esto es, objetivarla, y darla a conocer a sus destinatarios. Por eso, de acuerdo con este modelo de racionalidad, conocer el derecho vigente en una sociedad equivale a identificar los textos que codifican ese conjunto de normas preexistentes.

Al anterior cabría oponer un modelo de racionalidad tradicional, de base casuista y consuetudinaria, conforme al cual el derecho no es concebido como un conjunto de normas escritas, universales y preexistentes, sino como la respuesta a la pregunta por lo justo aquí y ahora; el derecho es creado a partir de la decisión de cada caso concreto. Desde esta perspectiva, una decisión estará justificada no porque aplique normas preexistentes sino porque ofrezca una respuesta adecuada a las circunstancias particulares que rodean el caso sometido a juicio; respuesta que podrá variar de un caso a otro, así ambos presenten características similares. De ahí que el recurso a la escritura ocupe en este modelo de racionalidad un papel bien diferente del que ostenta en el modelo codificador, porque en modo alguno representa la positivización de normas que luego serán aplicadas bajo la forma de precedentes, dado que, de acuerdo con este modelo, cada caso representa un escenario singular para la creación de la norma que servirá para decidirlo. En consecuencia, en un modelo de racionalidad semejante, para conocer el derecho de una sociedad no basta conocer sus textos. Se requiere adoptar una metodología casuista, que permita conocer el modo en que son tramitados los conflictos, tratando, en lo posible, de indagar por las circunstancias específicas de cada caso e identificar los patrones de decisión que permitan conferir sentido a la práctica de control social en el contexto en que se desarrolla. Es preciso, además, evitar la tentación de dar a tales conclusiones un alcance más amplio del que tienen, pues ellas sólo expresarán la interpretación de un conjunto limitado de casos, que captura un momento y un fragmento de una realidad en permanente construcción, que se transforma con la decisión de cada nuevo caso.

En la tarea de proponer un marco de interpretación del proceso de construcción de instituciones de derecho propio que adelanta la comunidad embera de Cristianía, y teniendo en cuenta la información de la que dispusimos para elaborar el presente dictamen, es posible advertir una tensión no resuelta entre los dos modelos de racionalidad antes identificados. Tensión que se expresa en el proceso mismo de la 'constituyente embera', en los testimonios y observaciones registrados en el trabajo de campo, y en los argumentos esgrimidos por los actores que intervienen en la presente acción de tutela. Tensión que no logra resolverse debido a las dificultades que enfrenta cada uno de los modelos para hacerse efectivo, pero además porque cada uno de ellos responde a las contrapuestas demandas de legitimidad que, tanto los propios habitantes de Cristianía, como las autoridades de la justicia ordinaria, formulan a la jurisdicción indígena.

En efecto, el proceso de construcción y fortalecimiento de instituciones propias de control social que comienza en Cristianía a partir de la reconfiguración del cabildo en 1976, y que recibe un impulso decisivo en 1998 con el proceso constituyente embera y la asunción de los procesos otrora tramitados por la jurisdicción ordinaria, debe hacer frente, por un lado, a la necesidad de consolidar el ejercicio del control social en instituciones de reciente creación (como lo son el Cabildo, el Consejo de Conciliación y Justicia y la propia Asamblea Comunitaria), que logren trascender e imponerse sobre grupos familiares acostumbrados a resolver sus diferencias a través de acuerdos entre parentelas, cuando no a través de acusaciones de jai malo o venganzas de sangre. Pero a la vez deben comenzar a implementar procedimientos y a decidir sobre asuntos respecto de los cuales no contaban con un cuerpo de tradición sobre el cual apoyarse, dado que hasta entonces el ejercicio de control social había estado casi por completo en manos 'kapunías'.

Para hacer frente a esta tarea, se han adoptado herramientas e instituciones de la justicia ordinaria que participan del modelo de racionalidad codificada al que antes se hizo alusión. Así se aprecia, entre otros, en el recurso a la escritura para elaborar reglamentos, documentos de compraventa, actas en las que se deja constancia de algunas actuaciones procesales, oficios en los que se ordena la puesta en prisión o la libertad de un detenido; en el empleo de las normas de la ley penal 'kapunía' para fundamentar la imposición de sanciones; en la incorporación y regulación de la acción de tutela como un mecanismo para garantizar los derechos de defensa y debido proceso.

Si bien la incorporación de algunos de estos elementos se explica por la necesidad de adaptarse a exigencias de coordinación impuestas por la jurisdicción ordinaria, el uso de la escritura también responde a demandas de racionalidad y legitimidad formuladas por los propios miembros de la comunidad de Cristianía. Un ejemplo paradigmático de estas demandas se encuentra en el testimonio de don Amado Carupia, ex gobernador de Cristianía y uno de los principales promotores del proyecto de 'constituyente embera'. En una entrevista realizada con ocasión de este dictamen, don Amado nos contó sus experiencias en el proceso de construcción de la jurisdicción indígena en Cristianía y expresó algunas críticas sobre la actual gestión del Cabildo⁷⁸. Al preguntarle sobre los resultados del proceso de constituyente embera contestó:

'Se hizo una cartillita, pero no se clasificaron los delitos y no se dijo cuánto se sancionaba. Yo me retiré en 1999 y supe que la gente que continuó intentó hacer un código, pero quedó empezado. Uno de los elementos vitales para corregir los asuntos es terminar de sacar un código en base a cada delito, para que la Asamblea lo apruebe. Para que así los que vayan a juzgar no cometan errores, porque todo está escrito. Ese es un elemento vital'.

Al preguntarle sobre el papel de los mayores en el ejercicio de la justicia, don Amado explicó que:

'Cuando se dio la creación del Consejo dijimos: respetamos ese camino en manos de los más viejos, pero la Constitución de 1991 exigió que los que iban a participar de la justicia indígena tienen que ser los más preparados. La constitución de 1991 cambia el panorama nacional jurídico y aplica esas exigencias. Lo que se venía trabajando era de acuerdo a su leal saber y entender, pero sin conocimiento jurídico. Deben hacer parte personas más conocedoras de la legislación nacional'.

La tensión entre ambos modelos de racionalidad, codificada y tradicional, y la decidida prevalencia que don Amado confiere al primero, se confirma en el siguiente fragmento de su entrevista:

'A comienzos del año anterior la Defensoría del Pueblo en cabeza de Isaac Echeverry entraron a la comunidad para preparar a los líderes y decirles cómo deberían juzgar según la ley del Estado. Fue un trabajo muy bonito, pero los rechazaron porque esas cuestiones de afuera no les servían, tenían que ser en base a pensamiento de la comunidad'.

Al expresar sus críticas frente al ejercicio de justicia por parte de los miembros del actual Consejo de Conciliación y Justicia, don Amado señala que:

‘La mayoría de ellos no son concedores de las partes legales del Estado frente a estos delitos. No practican lectura, sino que cada uno dice lo que se le viene en mente. Hay casos que condenan según la constitución; otros según lo que a ellos se les ocurra. En otros casos los mezclan. Cuando los sancionan de acuerdo a lo que se les ocurre están mal sancionados, hay que sancionarlos según una ley’.

Finalmente, esta concepción del documento escrito como encarnación de la ley, se aprecia en la vinculación que establece don Amado entre el expediente como materialización del debido proceso. Al referirse al proceso seguido contra su hermano Braulio Carupia y contra Egidio Yagarí nos contó que:

‘Por orden de Sergio Guzmán de Defensoría se elaboraron las cartas solicitando copias de los debidos procesos, pero no se las han entregado. El paquete completo, que se llama el debido proceso, yo estoy seguro de que no existe’⁷⁹.

Y tiene razón don Amado al suponer que no existe un expediente completo de las actuaciones seguidas en el proceso adelantado contra su hermano, como tampoco existe constancia escrita de la mayoría de las actuaciones adelantadas por las autoridades de justicia de Cristianía, incluidas algunas de las decisiones adoptadas en el proceso sancionatorio que origina la presente acción de tutela. Ello se explica como resultado de la ambigua relación con la escritura que mantienen los habitantes de Cristianía, pues por un lado participan del fetichismo de la ley escrita, pero a la vez enfrentan especiales dificultades para valerse de la escritura, debido a que muchos de sus habitantes (especialmente los mayores) piensan y hablan en lengua embera, así como a los altos índices de analfabetismo existentes en la comunidad⁸⁰.

Así lo explica don Aquileo Yagarí, gobernador de Cristianía, cuando señala que:

‘Los indígenas tenemos un método novedoso porque algunos de nuestros miembros carecemos de lecto-escritura y comprensión de lectura. Algunos tienen una noción de lecto-escritura, los que tienen que ver con contratación o con artículos judiciales, con normatividad indígena’.

Cuando se preguntó al gobernador por qué en el proceso seguido contra Vicente y Rafael Cértiga existen actas de las reuniones del cabildo del 4 de enero y de la asamblea de líderes del 8 de enero, pero no existe acta de la reunión del Consejo de Conciliación y Justicia en la que se toma la decisión de sancionarlos con cárcel, nos explicó lo siguiente:

‘Nosotros hacemos Asambleas donde se manejan desde el concepto oral. Muchas veces hacemos reunión y no levantamos acta. Pero más que los papeles está la palabra y los ideales. En el consejo hay mayores que no saben leer y escribir. Edilberto Tascón fue mi primer vicegobernador y no sabía leer ni escribir. Una vez alguien pidió una copia del expediente y él enrolló esa solicitud con otros papeles y se los metió en la pretina del pantalón. Lo cogió un vendaval y el papel se mojó, entonces lo tiró por un cafetal. Luego vino una tutela porque ese expediente no se mandó.’

Muchas veces uno va por el camino y la gente le dice al funcionario que lo cite.

Es muy normal si es que escribimos o no escribimos. A veces la gente va a la casa de uno, no respeta el tiempo de oficina. Van y lo buscan a la casa de uno. Eso es mala educación, pero uno se acostumbra a todo eso. Mientras que uno no puede ir a la casa del juez kapunía a poner su queja. El no lo va a aceptar.

Otra dificultad para los documentos es que el Estado nos da esta facultad de ejercicio, pero el Estado no ha podido darnos dotación y reconocimiento jurídico y de recursos para actuar.’

Esta compleja interacción entre oralidad y escritura es un elemento importante para comprender el proceso de construcción de instituciones de control social en Cristianía. En particular para entender que los reglamentos escritos y el ‘Dachí Código’ que surgen como resultado del proceso de la Constituyente Embera no tienen para los habitantes de Cristianía un sentido equivalente al que la sociedad colombiana confiere, por ejemplo, a su código penal y de procedimiento penal. Estos últimos contienen la normatividad vigente a la que deben atenerse los órganos de justicia para imponer una sanción, de acuerdo con el modelo de racionalidad codificada antes descrito; sólo pueden ser modificados válidamente a través de nuevas leyes que deroguen las anteriores y no a través de prácticas que se aparten de la norma (las cuales son consideradas no como revisiones de, sino como infracciones a la norma).

Entretanto, los reglamentos escritos que la comunidad de Cristianía ha producido en su proceso de construcción de normas y procedimientos de derecho propio representan una especie de 'escritura de la tradición'; de una tradición que se construye a partir de la hibridación entre lo propio y lo adquirido como resultado de su interacción con el entorno y de las contrapuestas visiones de justicia que se debaten entre los miembros de la comunidad. De una tradición que permanentemente se construye y se recrea a partir del ejercicio de control social en la resolución de casos concretos. En este orden de ideas, los reglamentos escritos son testimonio de un hito importante, pero no definitivo, en el proceso de construcción de la tradición jurídica del pueblo de Cristianía; no representan un sistema normativo completo y acabado al que en adelante tenga que ajustarse el ejercicio de la jurisdicción como condición de su legitimidad, sino un intento de incorporar elementos del modelo de racionalidad codificada, así como el valor simbólico y la legitimidad atribuida al documento escrito u otros instrumentos (Taussig 1994), en una práctica de control social en la que prevalece una racionalidad casuista.

Lo anterior permite comprender que, si bien algunas de las instituciones y procedimientos diseñados en los reglamentos que se expidieron como resultado de la Cosntituyente Embera han logrado consolidarse, como ocurre con el Consejo de Conciliación y Justicia, así como un procedimiento de indagación y de defensa basado en la confrontación de las versiones de las partes y de las familias involucradas en el conflicto, el propio texto de tales reglamentos, y buena parte de las normas en ellos contenidos no han sido apropiados por la comunidad y, en consecuencia, no han logrado incorporarse como elementos de su sistema de control social.

En efecto, uno de los aspectos que llama la atención del Dachi Código es que está incompleto, pues se anuncia una lista de problemas de la comunidad (familiares, territorio y medio ambiente, jaibanismo y maleficio, gobierno y administración, sociales), a partir de los cuales se tipifican una serie de faltas con sus respectivas sanciones. Sin embargo, ese proceso de codificación sólo alcanza a desarrollar los dos primeros núcleos de problemas (familiares, territorio y medio ambiente). Al preguntar al Gobernador de Cristianía por qué este reglamento aparece incompleto y si acaso logró terminarse, don Aquileo Yagarí respondió:

'No se completó porque no tuvo continuidad. La comunidad lo conoce muy poquito. Nosotros

hacemos conocer las faltas cuando surgen los delitos, en reuniones, talleres, explicamos que la violencia intrafamiliar, los robos, los homicidios son sancionables.’82

Esta falta de apropiación de los reglamentos escritos también es destacada por la abogada Nuri Yagarí, indígena de Cristianía e integrante de la Organización Indígena de Antioquia, quien en la entrevista realizada con ocasión de este dictamen señaló:

‘Yo tenía entendido que los de Cristianía no tenían nada por escrito... yo ayudé a contestar una tutela cuando Gloria Tamaniz era gobernadora y me fui y me rebusqué con los del Centro de Conciliación y Justicia y no encontré ningún reglamento ni nada...’83

Al preguntar al Gobernador por qué no tuvo continuidad el proceso de elaboración del código y su difusión entre la comunidad, nos explicó que se quedó inconcluso por falta de recursos para culminar este proyecto. Con todo, el proceso de construcción de derecho propio en Cristianía ha continuado al margen y más allá de la elaboración de códigos, cuya incompletitud y desconocimiento entre las gentes de Cristianía corrobora la prevalencia del modelo de racionalidad consuetudinario y casuista a la que ya se ha hecho alusión.

Sobre esta prevalencia llama la atención María del Pilar Valencia, una de las asesoras del proyecto Constituyente Embera quien, como resultado de su experiencia, sintetiza las características sobresalientes del sistema de justicia Embera, de las cuales destacamos las que logramos apreciar en el sistema de justicia de la comunidad de Cristianía, de acuerdo con la información obtenida en campo para la elaboración de este dictamen:

- La norma se genera a partir de la solución de problemas concretos, a diferencia del carácter (pretendidamente) general, impersonal y abstracto del derecho positivo estatal. Al respecto señala que ‘los intentos que se han hecho por copiar el esquema del derecho positivo han sido infructuosos, se han quedado en letra muerta y no han sido interiorizados como norma’ (Valencia, 2002: 128 y s.).

- La norma es concebida como ‘pauta de referencia para la resolución de casos semejantes, de ninguna manera se considera como una regla fija para aplicar mecánicamente en todos los casos’. En consecuencia, no cabe distinguir entre el momento de la creación y la aplicación de la norma, sino que ésta ‘se genera, modifica o confirma (total o parcialmente) en el momento mismo de la resolución del conflicto’ (Valencia, 2002: 129).

- La administración de justicia no parte de un cuerpo acabado de normas. Sin embargo, explica esta autora, es posible distinguir entre unos patrones 'fijos' o perdurables, entre los cuales destaca la sanción del jai malo (ejercicio indebido del chamanismo) y, por otra parte, unos 'factores de transformación' que son el resultado de la aparición de nuevos conflictos y de transformaciones socio-culturales, por ejemplo las originadas en la administración de los recursos provenientes de las transferencias que reciben los resguardos indígenas (Valencia, 2002: 129). A estos últimos cabría añadir, por su importancia en el presente caso, la interacción con los actores armados ilegales que hacen presencia en la zona, cuya presencia es aprovechada en este caso para amenazar a los integrantes del cabildo como retaliación por las sanciones impuestas al señor Rafael Cértiga.

- Espacios comunitarios para la toma de decisiones. Aunque se identifica al Consejo de conciliación y Justicia como el órgano encargado de tomar las decisiones relativas al control social, sus decisiones están sujetas a eventuales revisiones por parte de la Asamblea de la Comunidad (Valencia, 2002; 130). Pero además, en algunos casos de especial relevancia, como en el que da lugar a esta acción de tutela, el Consejo de conciliación y Justicia convoca a los integrantes de los grupos organizados de la comunidad a participar de las sesiones.

- Debido a la importancia de los grupos familiares dentro de la organización social de los Embera, se confiere especial relevancia a la participación del grupo familiar del acusado y de las demás personas involucradas en el conflicto en el momento de hacer los descargos, controvertir las distintas versiones y puntos de vista e imponerse las sanciones u obligaciones (Valencia, 2002:130). Como señala Dora Yagarí, indígena de Cristianía e integrante de la Organización Indígena de Antioquia, cuando se adelanta una investigación. 'Se recomienda que se escuchen las dos versiones. Por lo general no se deja sólo a la víctima y al agresor, sino que participan las familias. Cualquier conflicto se vuelve grande porque no se enfrentan personas sino familias. Obviamente también hay gente que no es de la parentela, pero puede aportar su versión.'⁸⁴

La revisión de la sanción por parte del propio Consejo de Conciliación y Justicia no constituye un mecanismo excepcional, sino que suele darse con relativa frecuencia. Así lo explica la secretaria de la cárcel del municipio de Andes, cuando señala que 'las autoridades indígenas son muy informales, y que en ocasiones se presentan sin orden escrita y dicen "lárguelo ya", pero yo les explico que así como me los tienen que remitir con orden escrita, también deben

dejar por escrito la orden de libertad'85.

De hecho el pasado 9 de julio el Consejo de Conciliación y Justicia revisó las sanciones impuestas a las 8 personas que se encontraban privadas de libertad y decidió conceder la libertad condicional a 6 de ellas, entre las que se encuentran los señores José Rafael Cértiga Tascón y José Vicente Cértiga Vélez, a quienes se concedió libertad después de haber permanecido en prisión por seis meses. Según las versiones suministradas por la Procuraduría Provincial, Consuelo Robledo, y por el Vicegobernador de Cristianía, Danilo Vaquiaza, la revisión de estas condenas surgió como resultado de una reunión adelantada en el mes de junio entre las autoridades de Cristianía y los indígenas que para entonces se encontraban en prisión en la cárcel de Andes por orden de la jurisdicción indígena. Esta reunión contó con la asistencia de la Procuradora Provincial y del Director de la cárcel de Andes. En ella, las autoridades del Consejo de Conciliación y Justicia se comprometieron a revisar las sanciones impuestas a las personas condenadas.

Además de los aspectos internos en construcción del proceso jurisprudencial de Cristianía, este caso pone de relieve algunos elementos específicos atinentes a la relación entre los procesos de la comunidad con el sistema estatal, donde este último, por motivos burocráticos y conceptuales, y pese a su intención de colaborar en el reconocimiento de lo que constituye debido proceso dentro de la comunidad, no ha ofrecido las condiciones necesarias para que la jurisprudencia indígena se desarrolle con sus propios criterios.

En el actual caso, Jorge Iván Cértiga acude al cabildo a buscar su protección en el conflicto que, por una acusación de jaibanismo, tenía con la familia de Rafael Cértiga. Con el fin de obtener la protección del cabildo, don Jorge Iván denuncia que Rafael había realizado las amenazas al Gobernador, dando así lugar a que se abrieran las indagaciones que finalmente llevaron también a que su hijo Vicente fuese implicado. Lo anterior muestra que el propio actor que impugna el castigo argumentando que el delito de concierto para delinquir no está previsto en la ley indígena, era consciente del carácter indebido de la conducta de amenazas que él mismo denunció y que a la postre daría lugar a imponer sanción tanto a Rafael como a Vicente Cértiga. Una de las razones por la cual Jorge Iván Cértiga acudió al mecanismo de la tutela, y a pesar de que él sí reconoce que ocurrió un delito, fue el nombre del delito - 'concierto para delinquir'- que aparece en el acta del consejo de conciliación y Justicia que no está previsto en la jurisprudencia de la comunidad.

La denominación del delito como 'concierto para delinquir' no fue el resultado de sancionar una conducta no prevista como falta en el derecho embera, sino el de homologar o traducir esta falta al lenguaje en el que está tipificada en el código penal, y que permite al sistema penitenciario, y específicamente la cárcel de Andes, Antioquia, colaborar con el cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia en ofrecerles los cupos en la cárcel para delitos considerados mayores. Como sugiere el vicegobernador, José Danilo Vaquiaza de Cristianía, 'para enviar a una persona a la cárcel por algún delito hay que mandarlo con la ley occidental. Si lo mandamos con un delito que no es de allá entonces lo devuelven' (5 de julio, 2010, sede del Cabildo, Cristianía).

Explicaron en la cárcel de Andes que existe una base de datos del Inpec, llamada SISIFE, la cual ya tiene codificados los delitos del código penal, pero cuando venían con otros delitos distintos, el sistema no permitía ingresar los datos del recluso. El Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia se ven obligados a traducir el delito reconocido por la comunidad a términos que el SISIFE pueda reconocer. Y como el orden de encarcelamiento debe estar en forma escrita, el acta que levanta el cabildo y el Consejo de conciliación y Justicia hace referencia al delito homologado (Reunión con Consuelo Robledo, Procuradora Provincial, Jaime Serna, Director de la Cárcel de Andes. Andes, 19 de julio de 2010). En esta misma reunión, la secretaria del director de la cárcel de Andes intervino para destacar que esta presión para la homologación entre el sistema de faltas de la justicia embera y el listado de delitos del código penal ordinario ya ha dado sus frutos, al manifestar que 'Ya ellos han mejorado eso y nos traen los delitos de la manera en que lo podemos ingresar'.

Por otro lado, en lo que al sistema de sanciones se refiere, debe tenerse en cuenta que, entre los emberas, el procedimiento de penas imponibles busca primero la conciliación, con el objetivo de restaurar una armonía en vez de castigar un delito. Sin embargo, hay una creciente dependencia de la pena privativa de libertad en cárcel capunía o del Estado: en parte por las demandas sociales de castigo dentro y fuera de la comunidad; por otra, la falta de recursos para implementar sanciones propias. Como explicó el vicegobernador José Danilo Vaquiaza,

'El resguardo no tiene garantía de poder sancionar a un individuo más de dos meses en el calabozo de la comunidad, porque no hay quien lo cuide, no hay recursos para las comidas. La familia no le vuelve a traer comida. El cabildo no tiene recursos para sostener a los

presos. Toca soltarlos porque no vamos a dejar morir de hambre a un compañero' (5 de julio, 2010, sede del Cabildo, Cristianía).

Este recurso a la cárcel capunía ha forzado la apropiación del lenguaje del derecho penal ordinario para justificar la imposición de castigos, lo que plantea conflictos como el que se advierte en este caso y una considerable pérdida de la práctica de la justificación de las sanciones a los propios miembros de la comunidad, para privilegiar el justificar a las instituciones de fuera.

Conclusiones y respuestas a las preguntas formuladas:

El motivo de presentar un relato etnográfico e histórico de los embera de Cristianía en este dictamen es sugerir a la Corte que no existe una respuesta directa y categórica a las preguntas que nos presentó en su solicitud de un dictamen antropológico. Al contrario, las condiciones históricas y sociales de la comunidad dificultan una definición de su tradición jurisprudencial inmediata, fácil y durable y, más bien, proponen cierta suspensión de evaluación en cuanto a la 'eficacia' de su derecho como lo ejerce internamente la comunidad desde la autoridad del gobernador del momento y su cabildo.

El resumen etnográfico que presentamos tiene por objeto ofrecer contextos conceptuales que permitan un acercamiento por parte de la Corte a las realidades sociojurídicas que forman la base, aún en negociación, de la jurisprudencia propia de los embera de Cristianía:

1) Fuentes y puntos de tensión de la jurisprudencia indígena embera de Cristianía

- El fetiche hacia la codificación del derecho representado por el derecho ordinario: El peso del fetiche por el derecho estatal como modelo del desarrollo de uno propio, así la importancia mal concebida de 'racionalizar' y fijar un código; mal concebida, en tanto se asume que la única racionalidad posible es la encarnada en el modelo codificado. El fetiche del derecho estatal se pone de manifiesto también a través del poder que adquiere la figura del gobernador y su cabildo, en tanto creación histórica del propio derecho estatal, por una parte, y, por otra, al ser sumida dentro de la comunidad como la figura de la autoridad máxima. A través de ambas fuentes de reconocimiento, por el derecho estatal y por la misma comunidad, está facultada para ejercer la jurisdicción.

- Derecho propio y derecho autónomo: La ambigüedad del derecho a regirse de acuerdo con 'las propias normas y procedimientos' y las diferentes expectativas que albergan las autoridades estatales y los líderes y miembros de pueblos indígenas respecto al modo en que se debe configurar este derecho. El 'derecho propio' puede ser entendido en dos sentidos: como 'derecho ancestral', que exige una vinculación clara con el pasado, o bien como 'derecho autónomo', creado por la comunidad en proceso de reconstrucción de instituciones de control social y de identidad indígena. Aunque la jurisprudencia constitucional en algunas sentencias ha reconocido que 'derecho propio' es derecho autónomo, lo cierto es que en las representaciones sociales de indígenas y no indígenas impera la concepción del 'derecho propio' como derecho ancestral, lo que lleva a la necesidad de efectuar una 'reinvención de tradición', como lo han señalado la antropóloga Joanne Rappaport (1998) y el historiador Eric Hobsbawm (2002). Esto último implica extraer materiales de diversa procedencia que se van componiendo de modo tal que se reconstruya el orden social y se resignifique la tradición, en este caso la tradición jurisprudencial. En este sentido, las comunidades indígenas y, en este caso, Cristianía, representan un encuentro entre varias tradiciones de autoridad (parentelas, cabildo, autoridades judiciales, administrativas y policiales del Estado, los jais y los jaibanás) cada una con sus instrumentos y manera de concebir la justicia.

- El rol e influencia de la historia de contacto sobre el concepto de tradición dentro de la comunidad embera: El peso de la tradición también es ambiguo debido a las transformaciones e influencias en la historia de la comunidad - ¿Qué se considera tradicional, o en qué momento algo (una costumbre, un rito, un acto de jurisprudencia) adquiere tradición o la pierde? ¿Cómo se pueden reconciliar los diferentes conceptos sobre la jurisprudencia tradicional dentro de la misma comunidad?-.

- El encuentro de la autonomía social y política de la comunidad con la propuesta de consolidar las organizaciones de segundo nivel. Por otro lado, existe un segundo nivel de organización indígena por encima de las distintas comunidades locales (conformadas como resguardos bajo la autoridad de un cabildo) que pretende -sin usurpar el poder local- representar a las primeras y capacitarlas en manera coordinada en cuanto a los aspectos sociales de bienestar y políticos de jurisdicción y territorio, los cuales constituyen los puntos de contacto de las comunidades con la obligación del Estado de proveer para su bienestar.

2) La autoridad autónoma del gobernador y su cabildo.

En este epígrafe se responde a las preguntas de la Corte: (ii) ¿Cuál es la autoridad para juzgar los delitos e imponer los castigos?; (iii) ¿Qué posibilidades de defensa o contradicción existen dentro de ese procedimiento?; y (iv) ¿Si deben reunirse pruebas para condenar, de qué clase y cuándo se considera que son suficientes para imponer un castigo?

Un punto importante es la actual autoridad del gobernador y cómo ha sido configurado en las comunidades indígenas, principalmente las andinas, pero en todas las comunidades donde aparece la figura. Tanto por tradición (usos y costumbres) como por la autoridad otorgada en la legislación estatal, la figura del gobernador goza de una autoridad completa durante su período. Está reiterada con mucha frecuencia que desde la Ley 89 de 1890 la autoridad máxima de la comunidad es del cabildo y del gobernador. En vez de ver este asunto como un abuso del poder, es importante recordar que esta autoridad ha sido una de las herramientas internas de las comunidades para protegerse de las entradas e intervenciones no debidas de entidades e instituciones ajenas a la comunidad. Antes de la CP de 1991 y la Ley 60 de 1993, y antes de la presencia fuerte de las organizaciones indígenas centralizadas que servían como intermediario entre las comunidades y el Estado (Gross 1991), las personas elegidas para ser gobernador fueron las personas más versadas en conocimientos ancestrales y manejos netamente sociales de la jurisprudencia y gobernación de la comunidad.

Las transformaciones resultantes de la reforma constitucional de 1991 en materia de gobiernos indígenas modifican las condiciones para gobernar, al cambiar la figura del cabildo a una entidad pública de carácter especial, y la figura del gobernador como representante legal de la comunidad. Las condiciones hoy en día requieren personas no tanto de tradición sino tecnócratas y burócratas que pueden manejar presupuesto, proponer proyectos, negociar a nivel del estado en el lenguaje del estado. Hay una tensión, de la cual Cristianía no está exenta, en la figura del gobernador y el cabildo donde hay expectativas de un manejo de acuerdo con la tradición, al mismo tiempo que las circunstancias de gobernar una entidad pública requiere otras habilidades, entre las cuales la tradición es menos importante, como sugirió el ex gobernador Amado Carupia en un fragmento de la entrevista que citamos en un epígrafe anterior de este dictamen.

Es posible que en el tiempo logre consolidarse una práctica de debido proceso que trascienda las autoridades inmediatas y particulares de los gobernadores, pero este hecho no ha sido realizado en la comunidad embera de Cristianía y por la discusión que hemos desarrollado en

la parte etnográfica, es evidente que no está dentro del corto ni mediano plazo que haya una continuidad en los proyectos de vida y de jurisprudencia entre los gobernadores, o en la comunidad.

3) Ensayo y prueba jurisprudencial: la construcción del procedimiento sancionador.

Para ofrecer un contexto interpretativo a la primera pregunta formulada en el oficio de la Corte, donde indaga por el conocimiento actual que se tiene sobre el procedimiento general de juzgamiento, es preciso señalar que la misma ambigüedad en los criterios del derecho de formarse y formalizar una justicia propia, y la historia de un permanente contacto con las instituciones del estado y la sociedad mayoritaria, y la ambigüedad en cuanto a lo tradicional, sugieren que el desarrollo de una jurisprudencia propia a partir del momento que la CP de 1991 lo otorga ha sido y será un proceso de mucho ensayo y prueba, mientras las comunidades intentan encajar su jurisprudencia con la identidad que también está en un proceso de negociación entre la manera en que la ley identifica el indígena y como se construye la identidad internamente en la comunidad, o con lo que ellos perciben como lo más eficaz para lograr el objetivo de ser reconocidos como sujetos de la 'ciudadanía multicultural' que nuestra constitución depara a los indígenas.

Ese proceso de ensayo y prueba transcurre entre dos coordenadas que en cada momento orientan el rumbo del proceso de construcción de derecho propio: por un lado, el poder que detenta cada gobernador y su cabildo para definir el sentido de la jurisdicción. Se trata de un poder en cierto sentido ilimitado, en tanto no está sometido a otra institucionalidad dentro de la propia comunidad y su legitimidad resta en parte en el aval del Estado, pero que es altamente dependiente de la aceptación por parte de la misma, que en definitiva actúa como veedora del desempeño de sus dirigentes, dado que la autoridad del gobernador y del cabildo se sostiene de manera muy importante en virtud del reconocimiento de la comunidad, Por otra parte, este proceso de ensayo y prueba se mueve entre las múltiples opciones de jurisprudencia disponibles, que representan los diversos modelos de racionalidad, casuista y codificada, a los que antes se hizo alusión.

Lo anterior implica que cada gobernador y su cabildo, desde su autoridad, y a través de las decisiones adoptadas por el Consejo de Conciliación y Justicia, imprime su propia racionalidad a la jurisprudencia que ejerce en cada caso. Las decisiones en éste y en otros casos

sancionatorios actualmente en curso, han sido tomadas de manera autónoma, pero están abiertas a ser modificadas según la resonancia o impacto que tengan en la comunidad y, ante todo, según la finalidad primordial con la que se imparte justicia. Finalidad que no es la de castigar propiamente sino ante todo la de resolver el conflicto, de acuerdo con lo que la antropóloga Laura Nader llama 'la ideología de la armonía' (Nader, 1990). En tal sentido se comprende por qué, una vez impuesta la sanción, no se considera problemático revisarla cuando ello contribuya a restaurar una armonía dentro de la comunidad, como se evidencia en el actual caso, con la decisión de suspender la privación de libertad impuesta en contra de Vicente y Rafael Cértiga.

4) La construcción de una jurisprudencia propia y la participación del Estado.

En este apartado se responde a las preguntas de la Corte: (v) ¿Cuáles son las penas imponibles?; (vi) ¿Cuál es el lugar de cumplimiento de las penas, cuando son privativas de la libertad?; y (vii) ¿Si existen alternativas diferentes al castigo de privación de la libertad, después de que se ha constatado la existencia del delito?

La comunidad de Cristianía ha desarrollado una jurisprudencia incipiente, en el sentido de que la CP de 1991 les otorgó cierto nivel de autonomía, donde hay cierta coherencia de concepto de la función de la misma, es decir que están actuando dentro del marco sociocultural que la historia les ha desarrollado. Hemos identificado la idea de que la propuesta por parte de comunidad de ejercer la justicia no es tanto castigar sino buscar la reconciliación como primera opción, empleando como medios sanciones que van desde el trabajo comunitario a la privación de libertad, ya sea en el calabozo del resguardo o la cárcel estatal de Andes de acuerdo con la seriedad del delito. Aún en las circunstancias más extremas como es el uso de la cárcel de Andes, existe la idea de llegar a entendimientos que construyen comunidad en vez de castigar el delito, como, por ejemplo, en la práctica consolidada de reducir desde el principio la condena en un 25%, o revisar casos para soltar tempranamente a los culpables para que vuelvan a la comunidad.

Lo que dificulta ese proceso de consolidar una jurisprudencia propia es la confusión de jurisdicciones, actores, programas y mensajes por parte de los actores del Estado, donde la Policía, los Juzgados y Tribunales, las entidades encargadas de bienestar, etc., o más bien los funcionarios de estas entidades no demuestran una consistencia en la interpretación de las

políticas que contextualizan el desarrollo de la jurisprudencia indígena: hay funcionarios en cargos jurisdiccionales que entienden las necesidades políticas de las comunidades para desarrollar una jurisprudencia propia que luego son reemplazados por otros que no lo entienden del mismo modo. Y viceversa. Un pequeño ejemplo: el director actual de la cárcel de Andes está dispuesto a colaborar con las autoridades de Cristianía en su proceso de homologar delitos tradicionales con delitos identificables en el SISIFE. Es decir, que está reconociendo la autonomía del proceso del desarrollo de la jurisprudencia propia, mientras el director anterior no estuvo dispuesto a colaborar. ¿Cómo es posible desarrollar un sistema propio sin saber de antemano como las entidades competentes del Estado van a responder a estas iniciativas? O ¿Hasta qué punto están dispuestos a reconocer la autoridad de las autoridades indígenas de pensar en su propio proceso?

Dentro del derecho de las comunidades indígenas de desarrollar su propia jurisprudencia, falta claridad intra-institucional estatal sobre los lineamientos de políticas que permiten a las comunidades desarrollar desde su autonomía su propia jurisprudencia. Y falta una consistencia y continuidad de políticas estatales que son transversales a las interpretaciones individuales de los actores estatales que puede propiciar las condiciones necesarias para el desarrollo de una jurisprudencia propia.

5) Consideraciones finales

De acuerdo con la discusión que surge de la etnografía de los embera de Cristianía y las indagaciones que hicimos en el marco de este caso, recomendamos a la Corte tener en cuenta los siguientes aspectos al momento de tomar la decisión en el presente caso. Estos puntos -uno como resumen, y otro como resultado de la observación etnográfica que hicimos en Cristianía- están relacionados con el derecho de las comunidades de asumir su propia jurisprudencia:

a) Después de una larga historia de dependencia de las diferentes autoridades coloniales y republicanas, es un hecho significativo que las comunidades indígenas hoy en día pueden desarrollar una jurisprudencia propia. Este proceso representa un desarrollo y consolidación de diferentes elementos tanto de la propia tradición como de las influencias que han resultado a través de los contactos con la institucionalidad estatal y de la sociedad mayoritaria, y que estos elementos representan fuentes legítimas en la definición de la

jurisprudencia propia. Al mismo tiempo, no podemos pedirles que se deshagan de toda esta historia para crear en corto plazo una jurisprudencia internamente coherente, que representa una transición completa de una cultura totalmente oral con una jurisprudencia circunstancial a una cultura escrita con una jurisprudencia codificada en el léxico de la jurisprudencia occidental. Esto no quiere decir, sin embargo, que no exista coherencia en el proceso. Al contrario, las figuras del gobernador y del cabildo -históricamente impuestas por procesos coloniales pero con el transcurso de siglos asumidas por las comunidades indígenas como propias y representativas de la autoridad máxima de las comunidades- confieren al proceso un carácter autóctono y coherente. En la medida que ellos asumen el desarrollo de una jurisprudencia propia y trabajan dentro del aval de la comunidad (reconociendo que ella tampoco es del todo homogénea), se puede decir que el debido proceso está encarnado en estas autoridades de la comunidad.

b) Aunque existen leyes que garantizan el desarrollo de una jurisprudencia propia, no hay lineamientos políticos y jurisprudenciales en común reconocidos por parte de las diferentes autoridades y entidades locales estatales que puedan propiciar a la comunidad las condiciones mínimas para posibilitar dicho desarrollo. Constatamos una dependencia muy grande y de cierta manera caprichosa de las interpretaciones del momento de este derecho a la jurisprudencia propia por parte de los individuos en posiciones de autoridad estatal. En este momento, las autoridades están dispuestas a colaborar en este desarrollo, pero nos contaron de otras autoridades en otros momentos que no manifestaron la misma voluntad. Es importante que la Corte faculte a los funcionarios estatales locales el desarrollo de unos lineamientos y procedimientos previamente consultados con la comunidad de Cristianía que garanticen el autodesarrollo de una jurisprudencia propia en condiciones de autonomía y continuidad de políticas, y que no depende del conocimiento, disponibilidad o interpretación particular del funcionario del momento.”

1 Documento ‘Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía’, aprobado por la Asamblea General del 14 de noviembre de 1998, p. 2 (fol. 8 expediente).

2 Don Amado Carupia se desempeñó como gobernador entre 1998 y 1999. También ocupó el cargo de vicegobernador hasta mediados de 2009, durante el mandato del actual gobernador Aquileo Yagarí. Sin embargo, se apartó del cargo a raíz del proceso seguido en contra de su hermano Braulio Carupia, quien actualmente cumple una pena de prisión impuesta por el

Consejo de Conciliación y Justicia de Cristianía.

3 Entrevista a don Amado Carupia. 5 de julio de 2010. Andes, Parque Principal.

4 Según los datos suministrados por Dora Yagarí, integrante de la comunidad de Cristianía y de la Comisión de Educación de la Organización Indígena de Antioquia, aproximadamente un 40% de los integrantes de la comunidad son analfabetas, en su mayoría pertenecientes a la población femenina mayor de 30 años y a los hombres mayores de 40. Entrevista realizada el 12 de julio de 2010. Medellín, sede de la Organización Indígena de Antioquia.

5 En ese momento el gobernador ilustra su afirmación con un ejemplo, al señalar a uno de los miembros de la comunidad que conversa con la consejera Gloria Tamaniz en lengua embera, planteándole una queja, en un rincón del lugar en el que se desarrolla la reunión entre el equipo encargado de elaborar el dictamen y el resto de los miembros del Cabildo y del Consejo de Conciliación y Justicia.

6 Entrevista a Aquileo Yagarí, Gobernador de Cristianía. 5 de julio de 2010. Sede del Cabildo de Cristianía.

7 Entrevista a Nuri Yagarí. 12 de julio de 2010. Sede de la Organización Indígena de Antioquia.

8 Entrevista a Dora Yagarí. 8 de julio de 2010. Sede de la Organización Indígena de Antioquia.

9 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

10 Sentencia T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

11 Sentencia T-1294 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

12 Sentencias T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

13 Sentencias T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-349 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz; aclaración de voto de los magistrados José Gregorio Hernández Galindo y Hernando Herrera Vergara), T-523 de 1997 (M.P. Carlos

Gaviria Díaz), SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-811 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-1294 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre otras.

14 Sentencia T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

15 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

16 Sentencia C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

17 Sentencia T-552 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

18 Así, en la sentencia C-139 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte explicó: “(...) la determinación estricta del miembro de la comunidad que debe aplicar la sanción (el gobernador del cabildo indígena) es contraria al artículo 246 de la Constitución Política, que habla en términos generales de ‘las autoridades de los pueblos indígenas’. La restricción introducida por vía legislativa desconoce la garantía amplia establecida por el constituyente en favor de la diversidad étnica y cultural en materia de administración de justicia. Por otra parte, la restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, como quiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son los gobernadores del cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico -como los piache entre los wayúu o los jaibaná entre las culturas del Pacífico- o de representantes de instituciones religiosas), e incluso mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares). (...) La limitación del tipo de sanción que puede imponer la comunidad para conservar sus usos y costumbres contraría tanto la letra del artículo 246 (que confiere a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia ‘de acuerdo con sus propias normas y procedimientos’) como la realidad de las comunidades destinatarias de la norma. En efecto, el arresto no es la única sanción compatible con la Constitución y las leyes; dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son

consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa. En este punto, no entra la Corte a determinar cuáles pueden ser estas conductas, ni cuáles los límites de su sanción. Conforme con la perspectiva interpretativa señalada anteriormente, corresponde al juez en cada caso trazar dichos límites, y al legislador establecer directivas generales de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el nacional que, siempre dentro del respeto del principio de la diversidad étnica y cultural, armonicen de manera razonable la aplicación de éste con las disposiciones de la Carta.”

19 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

20 Sentencia T-811 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

21 Sentencia T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

22 Sentencia T-1294 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

23 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 Se explicó en la sentencia que la siguiente es la definición del elemento personal: “Definición: el elemento personal hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.” También se explicaron las siguientes “Subreglas relevantes”: “(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto. // (S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa: (S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona; (S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural. (S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se

presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria.” Asimismo, se establecieron como “Criterios de interpretación relevantes” los siguientes: “(C-i) La diversidad cultural y valorativa es un criterio que debe ser atendido por el juez, al abordar casos en los que se encuentren involucradas personas indígenas. // (C-ii) Cuando una persona indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo”.

25 La sentencia explicó que “este elemento hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo”, y trazó la siguiente “Subregla relevante”: “(S-iii) De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito necesario para la procedencia del fuero.” Igualmente indicó como “Criterios de interpretación relevantes” los siguientes dos: “(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena. La constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena es el ámbito donde se desenvuelve su cultura. // (C-iv) Por esa razón, excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero culturalmente puede ser remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas.”

27 La sentencia explicó que “el elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria”. Como “Subreglas relevantes” se identificaron las siguientes cuatro: “(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena. // (S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria. // (S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta,

como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica. // (S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima”. Como “Criterio de interpretación relevante” se identificó el siguiente: “(C-vi) Para adoptar la decisión en un conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional el juez debe tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico afectado.”

28 Lo anterior, sin perjuicio de que en determinados casos el examen de un factor sea de menor dificultad: por ejemplo, en un caso que no sea “penal” no habría una víctima, así que el examen de institucionalidad, en principio, se limitaría a la existencia de usos y costumbres, procedimientos y autoridades propias con la disposición para adelantar el conocimiento del caso.

29 En la sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte constató que pese al proceso en curso de reconstitución étnica de la comunidad y a la precariedad de algunas de sus condiciones socioculturales, ésta tenía los elementos mínimos para ejercer legítimamente su jurisdicción propia: “Las anteriores premisas permiten identificar a la comunidad indígena de el Tambo, localizada en el Municipio de Coyaima, departamento del Tolima, como una comunidad en proceso de legalización de su territorio de resguardo y de recuperación de su identidad cultural, que habita un predio adjudicado por el INCORA en 1989 respecto del cual, por el momento, no posee un título de propiedad comunitaria. En efecto, al igual que en otras parcialidades del Tolima, los miembros de la comunidad de el Tambo no conservan la lengua que hablaban sus antepasados ni parte importante de sus costumbres y tradiciones. No obstante, eligen a sus autoridades representadas en el cabildo indígena, administran colectivamente el uso y trabajo de la tierra y comparten un propósito común: identificarse con su pasado aborígen, manteniendo los rasgos y valores propios de su cultura, así como sus formas de gobierno y control social que los distingue como comunidad indígena. (...) La precariedad de ciertos presupuestos fácticos para el ejercicio adecuado de la jurisdicción especial indígena -falta de legalización del resguardo, ausencia de prueba sobre la existencia de usos y costumbres-, son factores que muy probablemente llevaron a

los juzgadores de primera y segunda instancia a identificar la decisión de la comunidad indígena con un acto particular emanado del derecho de libre asociación, y no como un acto jurisdiccional. No obstante, el reconocimiento de la existencia de una comunidad indígena con sus propias autoridades, normas y procedimientos por parte de los juzgadores de tutela, exigía dar un tratamiento jurídico a la situación planteada por el petente desde la perspectiva del derecho constitucional y no según el régimen de comunidad civil dispuesto para regular las relaciones entre comuneros. // 9. El carácter de la decisión adoptada por la comunidad indígena de El Tambo el día 28 de diciembre de 1992, permite afirmar que en aquella ocasión se juzgó la conducta del petente por transgredir los parámetros de lo socialmente permitido en la comunidad indígena y por atentar contra sus bienes o intereses, sancionándolo con la privación, tanto a él como a su familia, de ciertos derechos y beneficios. En consecuencia, la decisión exhibe la naturaleza de un verdadero acto judicial mediante el que se impuso una sanción por la comisión de una conducta contraria a las normas internas de la comunidad y lesiva de sus intereses, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales atribuidas por la Constitución a las autoridades de los pueblos indígenas, cuya validez depende que su conformidad con la Constitución y la ley”.

30 En la sentencia T-903 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte se pronunció así sobre la situación del pueblo indígena Kankuamo, su proceso de reconstrucción étnica y cultural y su derecho a la jurisdicción propia: “Del contexto referido, la Sala destaca que el pueblo indígena kankuamo se encuentra en un proceso de reconstrucción de tradiciones, usos y costumbres, que se ha adelantado a partir de decisiones adoptadas por la comunidad, en distintos Congresos organizativos. Por esa ruta, se han establecido o restaurado, órganos, funciones y competencias dentro del Resguardo. Sin embargo, este proceso enfrenta dificultades derivadas del previo proceso de pérdida de identidad de los miembros de la comunidad, fuertemente imbuidos en costumbres ‘occidentales’, adquiridas por los miembros de la comunidad durante varias décadas y el conflicto armado, aspecto que hace del pueblo kankuamo, un colectivo de especial protección constitucional, e internacional. // 2. A raíz del marco cultural expuesto, la Sala considera que en este caso resulta especialmente relevante utilizar los criterios de maximización de la autonomía indígena, no injerencia en asuntos internos de la comunidad, y baja necesidad de traducción de las costumbres del pueblo kankuamo. Los dos primeros, con el fin de evitar injerencias externas en su proceso de reconstrucción de la identidad indígena; el tercero, en razón a la adopción del pueblo kankuamo de un sistema jurídico que se basa en documentos escritos, a pesar del carácter

oral de sus procesos, y a la forma en que el derecho de la sociedad mayoritaria ha permeado el discurso de las partes. (...) No obstante lo expuesto, es claro para esta Sala que la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad comporta cierta cautela en la verificación de la existencia de costumbres, usos, y procedimientos al interior de la comunidad, dado el estado aún incipiente de reconstrucción de la identidad kankuama.”

31 Sentencia T-552 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

32 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

33 Sentencia T-552 de 2003 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

34 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

35 Sentencia T-514 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). Este mismo principio se formuló así en la sentencia T-349 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz): “(...) considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural³⁵, 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.”

36 Al respecto, es oportuno mencionar que, a pesar de que el principio ha sido reiterado desde 1994, no existe un solo pronunciamiento en el que la Corte haya aceptado o impuesto una restricción a la autonomía de una comunidad indígena que ha sufrido un proceso de ‘aculturación’, o de pérdida de costumbres tradicionales.

37 [ESTA ES LA FN. 29]: La Sala considera que el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como algunas de sus disposiciones concretas constituyen criterios relevantes de interpretación en la materia (...).

38 Sentencia T-514 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

39 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

40 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

41 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

42 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

43 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

44 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

45 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

46 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

47 Esta doctrina fue reiterada en la sentencia T-523 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), en los términos siguientes: “2.1. La solución constitucional a los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía. // El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. (...) En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión e garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados

supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión o ven en ellos un presupuesto vinculante. (...) Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. (...) Es obvio, como lo señala la sentencia [T-349/96], que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos. // Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que ‘verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre’, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico’=. Estas medidas se justifican porque son ‘necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional’.”

48 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

49 FN. 42: Por ello, la Corte ha recurrido en múltiples oportunidades al concepto de antropólogos expertos para determinar si una conducta determinada, a la luz del derecho y un orden social indígena determinado implica una lesión a la integridad; o si una figura como el trabajo comunitario puede asociarse en alguna medida a la servidumbre.

50 En la sentencia T-254/94 (M.P. Eduardo Cifuentes Muños) se estableció: “12. Un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (CP art. 38).” Pero como a la luz del derecho internacional el “destierro” se entiende como la expulsión del territorio de un Estado, en este caso la Corte

concluyó que no se configuró. Luego la Corte analizó el caso a la luz de la prohibición de confiscación, y concluyó que no se ha configurado; pero para efectos de que no se configurara, ante el vacío del derecho de la comunidad indígena sobre el tema, el tema de las mejoras lo debía resolver la jurisdicción ordinaria: “13. Se acusa igualmente la violación del artículo 38 de la Carta por parte del cabildo de la comunidad indígena al privar al peticionario del a parcela donde poseía diversos cultivos. // La confiscación supone la apropiación, a título de pena, por parte del Estado de parte o la totalidad de los bienes de una persona, sin el pago de contraprestación alguna. La privación arbitraria de la propiedad privada y su destinación al fisco nacional por decisión del Estado constituyen elementos necesarios de esta pena prohibida por la Carta. (...) La pena de confiscación no puede ser impuesta por el Estado y, menos aún, por una comunidad indígena que, como lo expresa la Constitución, se gobierna por sus usos y costumbres siempre que ellos no pugnen con la Constitución y la ley imperativa (CP art. 330). // Si bien la propiedad de la cual puede ser titular una comunidad indígena tiene carácter colectivo, no escapa a esta Corte que en la medida en que sus usos y costumbres permitan el reconocimiento de mejoras efectuadas por sus miembros, la sanción consistente en la expulsión de uno de sus integrantes que, al mismo tiempo, signifique la pérdida absoluta de aquellas, equivale a la pena de confiscación constitucionalmente proscrita. En verdad, el sujeto pasivo de la sanción y su familia se verían expuestos a una situación de indigencia y de absoluto despojo, motivos que llevaron al Constituyente a señalar que en ningún caso dicha pena podría ser impuesta. Independientemente del sistema privado o colectivo conforme al cual se organice la producción y distribución de bienes, el régimen punitivo no puede contener sanciones que aparejen consecuencias tan extremas para el sujeto pasivo y su familia próxima, como las que provendrían de la pérdida absoluta de sus posibilidades de subsistencia -a través de formas de apropiación privada de la riqueza o de usufructo colectivo- pues, ellas, en últimas, configurarían materialmente una confiscación. // En el presente caso, como se señala más adelante, la prueba del reconocimiento de las mejoras efectuadas por el petente debe ser decidida por la justicia ordinaria y, por lo tanto, a ella le corresponde prevenir que una situación de iniquidad manifiesta se llegue a consumar, con la consecuente vulneración del artículo 38 de la Constitución.”

51 En la sentencia T-349 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), la Corte incluyó el principio de legalidad procesal junto a los derechos que conforman el mínimo intercultural: “(...) 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."

52 Sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

53 Sentencia T-549 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería).

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

55 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

56 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

57 FN. 37: Ello se debe a que, más allá de algunos limitados derechos de autogobierno y conocimiento de conflictos de menor entidad al interior de la comunidad establecidos por la Ley 89 de 1890, con anterioridad a la Constitución del 91 la mayor parte de los casos eran remitidos al sistema jurídico nacional.

58 La expresión costumbres, del artículo 246, no es entonces idéntica a la costumbre como fuente de derecho, que supone la repetición inveterada de una práctica social específica. Lo previsible puede derivarse de nuevas formas jurídicas adoptadas por la comunidad en virtud de su interacción con otras culturas y con el sistema jurídico nacional.

59 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

60 Sobre la aplicación de este requisito en casos concretos, se pueden consultar las sentencias T-349 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-523 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-048 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis) y T-903 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

61 En este sentido, en la sentencia T-349 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte concluyó que se había presentado una violación del derecho al debido proceso del actor, por habersele impuesto una pena diferente a la prevista en el ordenamiento ancestral de su pueblo. El peticionario era miembro de la comunidad indígena embera-chamí de Purembará.

Fue capturado por guardias del cabildo local por su participación en un homicidio de un indígena; se le escuchó su versión y se le encerró en el calabozo de la localidad, amarrado. Una semana después se escapó del calabozo y se entregó voluntariamente a la Fiscalía, que inició la investigación correspondiente al homicidio, y se le mantuvo detenido nombrándosele defensor de oficio. En reunión de los cabildos locales, se decidió condenar al actor a 8 años de cárcel; el Cabildo Mayor Único de Risaralda notificó a la Fiscalía, que dio por terminada la investigación. Un mes después, el 15 de febrero de 1995, la Asamblea General de la comunidad, con presencia de los familiares de la víctima y del sindicato, aumentó la condena a 20 años de cárcel, por consenso general, dadas las calidades de la víctima y los antecedentes del actor. Se interpuso tutela contra la decisión de la Asamblea. Con respecto a la legalidad de la pena, la Corte sostuvo: “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 sí 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 proceso 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’.” La violación del principio de legalidad de la pena, en criterio de la Corte, hacía procedente la tutela por violación del debido proceso frente a la que el actor no tenía un medio de defensa: “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 al a 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.” El remedio establecido por la Corte fue preguntar a la comunidad si deseaba juzgar nuevamente al actor e imponerle alguna de las dos sanciones tradicionales, o

remitir el caso a la justicia ordinaria. Siguiendo la misma línea, en la sentencia T-1294 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), la Corte Constitucional convalidó la pena impuesta por las autoridades tradicionales indígenas al actor, por estar acorde con el sistema penal del pueblo Páez (Nasa).

62 En la sentencia T-549/07 (M.P. Jaime Araújo Rentería) se indicó en este sentido: “Ahora bien, en relación con la pena impuesta al actor, éste alega que la misma es desproporcionada frente a otras conductas delictivas mucho más graves, como el homicidio, casos en los cuales la pena impuesta fue menos severa. Sobre el particular, es necesario señalar, que en las diferentes audiencias celebradas en el trámite del proceso penal seguido en contra del señor Leonidas Acalo Campo, tanto las autoridades de ambos Cabildos Indígenas, como los padres de familia y personas prominentes de esa comunidad (capitanes), valoraron los testimonios de las personas involucradas, tanto del acusado como de sus víctimas, así como también tuvieron en cuenta la prominencia del acusado, quien como docente de dicha comunidad indígena debe ser ejemplo de buena conducta. De la misma manera, se valoró la forma en que su conducta afectó negativamente a los individuos, a las familias y a la comunidad en general, razón por la cual mal haría la Corte en entrar a descalificar la valoración hecha por los cabildos indígenas de Caldoño y Pioyá respecto de la conducta ilícita investigada que llevó a la imposición de la referida pena. Además, ha de tenerse en cuenta que en el presente caso hubo un concurso de delitos en tanto fueron dos las víctimas, circunstancia que llevó a que los cabildos indígenas consideraran necesario imponer penas más severas, como lo plantearon algunos intervinientes en una de las audiencias practicadas.”

64 Sentencias T-349 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), T-523 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) y T-903 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva). En aplicación de este requisito, en la sentencia T-903 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) la Corte invalidó la decisión de las autoridades del pueblo Kankuamo de retirar a la peticionaria del Grupo de Mujeres del pueblo, por no haberse permitido su participación ni su defensa en el proceso que llevó a la imposición de esta sanción, como tampoco la participación del grupo de mujeres, que podía verse afectado; en palabras de la Corte, “al adoptar esa determinación no se permitió la participación de la afectada, ni el ejercicio del derecho a la defensa, en el marco de los procedimientos internos. Además de ello, no se permitió la participación del grupo de mujeres para la adopción de la determinación referida, pese a que la decisión puede afectar

directamente su funcionamiento. (...) Siguiendo la orientación de permitir una decisión interna del Resguardo indígena en asuntos que afectan únicamente a miembros de la comunidad; y fiel a la convicción de que la interferencia externa puede agudizar las facciones de una comunidad indígena; pero consciente, a la vez, de la necesidad de proteger el derecho fundamental de la peticionaria al debido proceso afectado en la decisión de separarla del papel de coordinadora del grupo de mujeres, la Sala ordenará que, en la próxima reunión de las autoridades competentes (Consejo de Mayores o Cabildo Mayor, de conformidad con lo que disponga la normatividad interna), se someta a un estudio interno de la comunidad la permanencia de la señora Indira Mendiola Montero como coordinadora del grupo de mujeres, garantizando que la peticionaria sea oída por las autoridades indígenas, y que se tome en cuenta la posición del grupo de mujeres, o de artesanas.”

65 En este sentido, en la sentencia T-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) se explicó: “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”.

66 A este respecto, en la sentencia T-523/97 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte Constitucional consideró que no se había violado el derecho de defensa por la falta de asistencia de un abogado: “Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser

defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra. (...) la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.” En idéntico sentido, en la sentencia T-549 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería) la Corte expresó: “(...) cuando la conducta delictiva cumple con los parámetros territorial y personal que permiten que la comunidad indígena tenga la competencia para investigar y sancionar a uno de sus comuneros, la defensa del investigado se plantea de numerosas formas, entre las cuales no se aprecia aquella referente a que el acusado sea asesorado o asistido por un abogado, como lo solicitó el señor Leonidas Acalo Campo en la primera Asamblea. // Igual situación se advirtió en un caso resuelto por esta Corporación en sentencia T-523 de 1997, referente a un homicidio ocurrido en la comunidad indígena Páez, en cuya oportunidad se confirmó que el derecho al debido proceso y el consecuente derecho de defensa no tienen que ejercerse según los medios contemplados por las normas nacionales o internacionales, sino que se requiere tan sólo que se ejerzan según los usos y costumbres de la comunidad indígena a la cual pertenece el acusado. // De esta manera, es claro que la intervención de un abogado en el caso que se revisa, tendría justificación en el evento en que los Cabildos de Caldon y Pioyá no tuvieran la jurisdicción para juzgar al señor Acalo Campo, caso en el cual la asistencia de un abogado conocedor de la lengua del acusado, resultaría necesaria, pues de esta manera se garantizaría el debido proceso y el efectivo derecho de defensa técnica. No obstante, en el presente caso, tanto el señor Acalo Campo, como las víctimas de sus actos sexuales, son miembros de la comunidad indígena y los hechos tuvieron ocurrencia en el entorno de ésta.”

67 Al respecto en la sentencia T-811 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se estableció la condición de cumplir con el principio basilar de culpabilidad individual, en tanto mandato constitucional obligatorio para las autoridades indígenas. En este caso, luego de una riña durante las fiestas de San Pedro en el resguardo de Quizgó, fue asesinado un miembro de la

comunidad. Al peticionario, Ramón Pillimué, lo investigaron y sancionaron las autoridades del resguardo con tres años de reclusión en el Centro de Rehabilitación de Silvia y un año de servicio al Cabildo, por la conducta consistente en la riña que sostuvo con otro comunero, distinto al que resultó muerto, riña que desencadenó una discusión entre otros miembros de la comunidad, que terminó con la muerte de Gilberto Pechené a manos de Arcadio León. El actor considera que fue sancionado por una conducta que no es delito ni en el Código Penal ni en los usos y costumbres de su comunidad. En palabras de la Corte, “[d]e acuerdo con la descripción de los hechos, a Ramón Libardo Pillimué se le impuso una pena de tres años de reclusión y un año de trabajo a favor de la comunidad por estimársele responsable de la muerte del comunero Gilberto Pechené, mientras que a Ramón Villano se le sancionó con un año de reclusión y uno de trabajo a la comunidad. Al primero se le impuso una mayor sanción dada su condición de exgobernador, al hecho de haber acudido ante los jueces nacionales en ejercicio de la acción de habeas corpus y por haber expuesto hechos diferentes a lo realmente sucedido. (...) Por lo anterior, es evidente que las autoridades indígenas de Quizgó violaron el derecho fundamental al debido proceso y el principio constitucional de culpabilidad que asiste al peticionario, tal como lo consagra el artículo 29 Superior. De la información que obra en el expediente es indudable que a Ramón Libardo Pillimué se le impuso una pena por un acto que no cometió. Si bien él, junto con Ramón Villano, alteraron el orden público el día de los hechos, no por ello puede estimársele responsable de la muerte de Gilberto Pechene y ser sancionado por dicho evento. // En este asunto en particular, resulta pertinente señalar que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana, la Constitución Política proscribe la responsabilidad penal objetiva y prevé un derecho penal de acto y no de autor. Al respecto, el artículo 29 Superior establece que ‘no puede haber delito sin conducta’67, al señalar que ‘nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa’ y que ‘toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable’ (Subrayado fuera de texto). (...) En el presente caso, no fue el accionante el causante de la muerte que se le imputa; dicho resultado no hizo parte de la exteriorización de su conducta, de lo efectivamente realizado por él. Por lo tanto, la pena impuesta por la Asamblea General y la Comisión de Exgobernadores de Quizgó resulta a todas luces violatoria del derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución, el cual rige para todo tipo de actuaciones judiciales, incluidas las que adelanten las autoridades de los pueblos indígenas en ejercicio de la jurisdicción especial que les reconoce la Carta Política. // El derecho al debido proceso y

el de legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas hacen parte de los límites que, según lo descrito por la jurisprudencia constitucional, son susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisprudencial de las comunidades indígenas, pues hacen parte de aquellos que se encuentran referidos ‘a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre’. // Por consiguiente, el comunero Ramón Libardo Pillimué no puede constitucionalmente ser sancionado por la muerte de Gilberto Pechené, pues de lo contrario las autoridades indígenas estarán incurso en la imposición de una pena con fundamento en una responsabilidad de carácter objetiva, la cual está proscrita en los términos señalados por el artículo 29 de la Constitución Política colombiana.”

68 Así lo exigió la Corte en la sentencia T-549 de 2007 (M.P. Jaime Araújo Rentería), caso concreto en el cual encontró que no se había lesionado este principio porque se habían impuesto sanciones con distintas finalidades bajo el ordenamiento ancestral: “Finalmente, indica el señor Acalo Campo, que está siendo castigado doblemente por una misma conducta, por cuanto señaló que había sido castigado con fuate. Sobre el particular, se advierte que el fuate corresponde más a una sanción de orden moral, que busca ‘purificar al individuo’ y que pretende además ‘devolver la armonía’ a la comunidad, apreciación que fue hecha por esta Corte en sentencia T-523 de 1997, en la cual se considera que la imposición del fuate junto con otra sanción de mayor entidad son aceptables dentro de la justicia indígena. Lo mismo sucede en el presente caso, en el cual las sanciones impuestas al señor Leonidas Acalo Campo por la comisión del delito de Acceso Carnal Violento tienen finalidades diferentes, por lo que no es válido afirmar que desde el punto de vista jurídico está siendo doblemente castigado por una misma conducta delictiva.”

69 En la sentencia T-903 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte explicó en este sentido: “(...) el principio de segunda instancia no es absoluto. De hecho, en casos enmarcados en el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, es frecuente que no se prevea la segunda instancia, lo que para la Corte no obedece a un desconocimiento del debido proceso, sino que se debe al alcance dado al proceso judicial dentro de las comunidades, frecuentemente asociado al restablecimiento del equilibrio entre la población indígena, y a la usual reunión de las funciones políticas, jurídicas y religiosas de la comunidad en determinados órganos, que hacen incontrovertibles sus decisiones dentro del marco cultural de la comunidad.”

70 En la sentencia T-523 de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) la Corte resaltó que las penas impuestas por las autoridades indígenas no pueden violar la prohibición de la tortura; pero constató que en ese caso concreto, la aplicación del “fuate” no alcanzaba a trascender el umbral de gravedad necesario para constituir una tortura, ni un trato cruel, inhumano o degradante. El actor, indígena páez, fue aprehendido por una comisión de gobernadores de los cabildos indígenas de la zona norte del Cauca, señalado de haber propiciado el asesinato del alcalde de Jambaló por la guerrilla al haberlo señalado de paramilitar. Interpuso acción de tutela luego de su aprehensión por considerar violado su derecho al debido proceso. Antes del fallo de tutela, las comunidades de la región en Asamblea, en respuesta a un informe de los gobernadores, resolvió condenar a Francisco Gembuel a 60 fuetazos, expulsión y pérdida de derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. En punto a la legalidad de la pena, la Corte decidió: “La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. // Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; 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, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuate (...)”. Se encuentra que no constituye tortura por no superar el umbral de gravedad del sufrimiento ni producir daños corporales.

71 Así sucedió en la sentencia T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). El peticionario interpone tutela contra la directiva del cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo, ya que el 19 de diciembre de 1992 se realizó una reunión en la comunidad en la que se decidió expulsarlo, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto. El actor, quien llevaba 11 años viviendo y trabajando en la comunidad, considera que su exclusión de la comunidad indígena se realizó sin sustento probatorio -con base en rumores infundados- y

sin que se realizara investigación alguna por las directivas del cabildo. También se le despojó de la parcela que la comunidad le había adjudicado, donde tenía sus cultivos, sin aceptar su propuesta de que se le dejara la parcela a un hijo suyo, y sin reconocerle las mejoras derivadas de su trabajo de 11 años. Afirma que la decisión de la comunidad se tomó bajo presiones del Gobernador indígena, en represalia por haber efectuado control sobre sus manejos financieros. Considera que se violaron sus derechos al debido proceso, trabajo, honra y buen nombre, vida, y se violó la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. La Corte no encuentra demostrados los alegatos sobre falta de investigación, presiones o arbitrariedad en la decisión. Pero sí considera desproporcionada la sanción por haber trascendido al actor y afectado a su familia: "15. La conducta punible por la que el petente fue sancionado se relaciona con el hurto de cultivos, animales y productos agrícolas. La sanción impuesta por la comunidad indígena fue la de expulsarlo junto con su familia del territorio indígena. Según el afectado, las directivas no aceptaron su propuesta de ausentarse voluntariamente siempre y cuando permitieran que sus hijos permanecieran en la parcela a él adjudicada. // Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que las sanciones impuestas al infractor deben guardar una proporcionalidad con la conducta sancionada. Las autoridades jurisdiccionales gozan de un amplio margen de discrecionalidad en el uso del poder sancionador atribuido por la Constitución o la ley. No obstante, este poder no es ilimitado, debe ser razonable y dejar intactos otros valores jurídicos protegidos por el ordenamiento. // La pena impuesta al peticionario involucró la expulsión de éste y de su familia de las tierras de la comunidad indígena, colocando a los integrantes de la familia en una situación económica y social de desventaja por sus circunstancias especiales. De esta forma, la pena trascendió al a persona del infractor y terminó por cobijar a los miembros de su familia, evidenciándose como desproporcionada y contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos. (...) Ordinariamente la imposición de una pena, no obstante su individualización, puede materialmente afectar a terceros, ajenos a la infracción, y no por ello ésta deja de tener validez. La expulsión del miembro de una comunidad indígena como medida sancionatoria, sin embargo, tiene una particularidad que exige considerar sus efectos frente a su familia. Las secuelas de la pena, en este caso, revisten mayor gravedad y fácilmente se traducen en punición para los miembros de la familia. Para ellos, la expulsión acarrea la completa ruptura de su entorno cultural y la extinción de su filiación antropológica; de otro lado, la consiguiente y forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la

necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad. Desde el punto de vista de la comunidad indígena, la pérdida de miembros, vista su condición minoritaria, no contribuye a su objetiva conservación. // Las sanciones o penas colectivas son contrarias al principio de que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...' (CP art. 29). Adicionalmente, la ley penal se erige sobre el principio de responsabilidad individual, que supone el juzgamiento del acusado y el respeto del principio de presunción de inocencia, presupuestos esenciales del poder sancionatorio del Estado o de los particulares que excepcionalmente ejercen funciones jurisdiccionales. En consecuencia, la pena impuesta al peticionario se revela desproporcionada y materialmente injusta por abarcar a los integrantes de su familia, circunstancia que genera la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la integridad física de sus hijos. (...) Por lo tanto, la pena de expulsión del petente y de su familia como consecuencia de los actos del padre vulneró el derecho al debido proceso, particularmente por trascender la persona del infractor". La conclusión de la Corte fue la siguiente: "17. La Corte, en ejercicio de la facultad de revisión de las sentencias de tutela, procederá a revocar las decisiones de primera y segunda instancia por encontrar que con la expulsión del peticionario y de su familia por parte de la comunidad indígena de el Tambo, se vulneró su derecho al debido proceso y el derecho a la integridad física de sus hijos. En consecuencia, la mencionada comunidad deberá adoptar una nueva decisión en lo referente a la conducta del peticionario, con estricta sujeción a las normas constitucionales del debido proceso, en particular cuidando de no vulnerar los derechos fundamentales de terceros ajenos a los hechos objeto de juzgamiento y sanción. // En especial, se ordenará a los miembros del cabildo indígena de el Tambo, velar por la vida e integridad de Ananías Narváez y de sus hijos durante el tiempo de su reintegro a la comunidad y mientras se adopta una determinación definitiva sobre su conducta, según sus normas y procedimientos, pero de conformidad con la Constitución". La parte resolutive dispuso, en lo pertinente: "Segundo.- CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso al solicitante y del derecho a la integridad física a sus hijos, y, en consecuencia, ordenar a los miembros del cabildo indígena de El Tambo acoger nuevamente en la comunidad indígena, bajo la responsabilidad de ésta, al actor y a su familia, mientras se procede nuevamente a tomar la decisión a que haya lugar por los hechos que se imputan al señor Ananías Narváez, sin que ésta última pueda involucrar a su familia dentro de un juicio que respete las normas y procedimientos de la comunidad, pero con estricta sujeción a la Constitución". En igual línea, en la sentencia T-048 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), la

Corte consideró que la pena impuesta por las autoridades indígenas fue inconstitucional por ser desproporcionada e irredimible: “Sin lugar a dudas, una vez dejada sin efecto la sanción impuesta al actor, si así lo desea, y sus normas se lo permiten, la Comunidad Indígena Los Ángeles puede iniciar un proceso contra el actor, con el fin de determinar su responsabilidad en los hechos que se le endilgan, por ello la Corte debe prevenirla de su obligación de sujetarse a los principios constitucionales que imponen la redención de las penas, y que proscriben la cadena perpetua. // Ahora bien, en las sentencias T-254 de 1994 (...) y T-253 de 1997 (...) esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de la sanción de expulsión del territorio -dada la relativa frecuencia con que dicha sanción es impuesta por las autoridades indígenas a sus integrantes-, y en ambas ocasiones la protección invocada fue negada, como quiera que se consideró que dicha expulsión no implica per se un destierro en los términos del artículo 34 constitucional, porque la pena que la norma en cita proscribe es la que priva al reo de habitar en el territorio nacional, sanción que no puede ser impuesta por una autoridad indígena, como quiera que estas autoridades no ejercen jurisdicción fuera de su ámbito territorial. // No obstante, en la sentencia primeramente nombrada, al analizar las implicaciones que para un indígena y su familia tuvo la pena de expulsión de la que fue objeto, porque su comunidad lo encontró culpable del delito de hurto, la Sala Tercera de Revisión consideró excesivo y desproporcionado condenar al reo a abandonar el territorio comunitario y, en consecuencia, a vivir en la indigencia. // Ahora bien, al parecer de la Sala la expulsión definitiva del señor Ortiz Trilleras de la comunidad a la que pertenece, quebranta el Preámbulo y los artículos 2º, 5º y 7º constitucionales, porque no sólo desconoce su derecho a la identidad cultural, sino que afecta su propia existencia, como quiera que se trata de una persona que ha trabajado con ahínco en el fortalecimiento comunitario denotando una arraigada conciencia colectiva y una profunda relación con la tierra de sus ancestros. // De tal manera que resulta excesivo y desproporcionado conminar al integrante de un grupo social étnico, como el actor, con fuerte conciencia colectiva, a vivir indefinidamente alejado del grupo, como quiera que tal decisión desconoce el profundo significado de la relación comunitaria, que debe animar a las comunidades indígenas en especial con aquellos que como el actor, se han empeñado en demostrarla. // De otro lado, el artículo 28 de la Constitución Política prohíbe las penas irredimibles y el artículo 34 idem la cadena perpetua, de tal manera que aunque la expulsión del territorio -sanción usual en las comunidades indígenas- no resulta per se inconstitucional -dada su diferencia con la pena de destierro-, las comunidades que la imponen están obligadas a adoptar los mecanismos que permitan su

redención, de manera que el alejamiento cumpla la función de reconciliar al infractor consigo mismo y con la comunidad a la que defraudó, y nos e presente como una simple y odiosa retaliación -artículos 28, 29 y 34 C.P.-. // Además, aunque la sanción de expulsión fue impuesta al actor y no a los demás integrantes de su grupo familiar, al parecer de la Sala dada la edad de su esposa y de su madre -55 y 91 años, respectivamente- y en razón de que las señoras Oliva González y Carmen Tulia Trilleros no figuran en el censo actual y no fueron beneficiadas con tierras del resguardo, es dable suponer que fueron y están siendo afectadas por la medida de extrañamiento definitivo impuesta al actor.”

72 El Jaibaná es la persona que tiene el poder de manejar los espíritus buenos y malos, y como ellos son los únicos que conocen del poder y la forma de hacer el Jai Malo que es la afectación a una persona o familia, por parte de los espíritus estos deben hacer parte del Cabildo para asesorar y ayudar en la solución de estos conflictos. Para hacer parte de la junta de Jaibanás, el Jaibaná no debe tener tacha alguna y nunca haber estado relacionado en afectación de Jai Malo en contra de nadie. El Jaibaná dentro del Resguardo de Cristianía tiene la función y es el llamado a hacer el médico tradicional.

73 El Jai sólo lo puede hacer un Jaibaná, y esta práctica consiste en afectar a una persona con medicina tradicional o con la imposición de espíritus malos para que afecten su desarrollo.

74 Entrevista con el actual gobernador Angel Aquileo Yagarí. Julio 5 de 2010.

75 Entrevista a Nuri Yagarí, 12 de julio de 2010. Medellín, sede de la OIA.

76 Entrevista a Amado Carupia. 5 de julio de 2010. Andes, Parque Principal.

77 Documento ‘Sistema de Justicia Propia de la Comunidad de Cristianía’, aprobado por la Asamblea General del 14 de noviembre de 1998, p. 2 (fol. 8 expediente).

78 Don Amado Carupia se desempeñó como gobernador entre 1998 y 1999. También ocupó el cargo de vicegobernador hasta mediados de 2009, durante el mandato del actual gobernador Aquileo Yagarí. Sin embargo, se apartó del cargo a raíz del proceso seguido en contra de su hermano Braulio Carupia, quien actualmente cumple una pena de prisión impuesta por el Consejo de Conciliación y Justicia de Cristianía.

79 Entrevista a don Amado Carupia. 5 de julio de 2010. Andes, Parque Principal.

80 Según los datos suministrados por Dora Yagarí, integrante de la comunidad de Cristianía y de la Comisión de Educación de la Organización Indígena de Antioquia, aproximadamente un 40% de los integrantes de la comunidad son analfabetas, en su mayoría pertenecientes a la población femenina mayor de 30 años y a los hombres mayores de 40. Entrevista realizada el 12 de julio de 2010. Medellín, sede de la Organización Indígena de Antioquia.

81 En ese momento el gobernador ilustra su afirmación con un ejemplo, al señalar a uno de los miembros de la comunidad que conversa con la consejera Gloria Tamaniz en lengua embera, planteándole una queja, en un rincón del lugar en el que se desarrolla la reunión entre el equipo encargado de elaborar el dictamen y el resto de los miembros del Cabildo y del Consejo de Conciliación y Justicia.

82 Entrevista a Aquileo Yagarí, Gobernador de Cristianía. 5 de julio de 2010. Sede del Cabildo de Cristianía.

83 Entrevista a Nuri Yagarí. 12 de julio de 2010. Sede de la Organización Indígena de Antioquia.

84 Entrevista a Dora Yagarí. 8 de julio de 2010. Sede de la Organización Indígena de Antioquia.

85 Entrevista realizada el 19 de julio de 2010. Instalaciones de la Cárcel de Andes, Antioquia.
