

LAS SANCIONES EN EL DERECHO INDÍGENA

David CIENFUEGOS SALGADO

SUMARIO: I. Palabras previas. II. El derecho indígena en México. III. Colombia. IV. Bolivia. V. Éstos no son los únicos casos. VI. Anexo: Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

I. Palabras previas.

El tema de los pueblos indígenas en el ámbito del derecho ha venido a cuestionarnos sobre el manejo que tradicionalmente se ha dado, por los denominados operadores jurídicos, al derecho que no es de naturaleza estatal y que algunos denominan derecho alternativo o sistema jurídico paralelo.

En esta ocasión sólo pretendo destacar la forma en que se ha abierto, paulatinamente, la puerta a los derechos de los pueblos indígenas y ver cómo, esa apertura tiene una trascendencia de amplio alcance que, al menos en mi opinión, no ha sido valorada por muchos estudiosos del derecho. Lo anterior especialmente desde la razón de que ambos derechos: el estatal y el indígena, surgen de diferentes cosmovisiones. Como ejemplo pongo la sentencia T-523/97 dictada por la Corte Constitucional de Colombia (antes había dictado otra sentencia igual de paradigmática: la sentencia T-349/96), misma que se agrega al final como anexo a estas reflexiones.

La mencionada sentencia y algunos otros casos, nos permiten reflexionar sobre el valor que tiene en uno y otro sistema normativo la sanción. En México, el tema de la policía comunitaria ha sido uno de los temas que más enfrentamiento suscita entre juristas a la hora de validar tal forma de organización ciudadana,¹ sin que hayamos llegado aún a un punto definitivo en torno a su naturaleza e inclusión en el marco

¹ Véase mi trabajo “Seguridad pública y estado multicultural: el caso de la ‘policía comunitaria’ en el estado de Guerrero”, en Fernández Ruiz, Jorge, coord., *Derecho administrativo. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México: UNAM, 2005, pp. 613-633; también en Cienfuegos Salgado, David, coord., *Política criminal y justicia penal. Reflexiones para una reforma urgente*, Nuevo León, México: FEJ, Elsa G. de Lazcano, 2007, pp. 9-29.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

institucional. Asimismo, las sentencias de los órganos jurisdiccionales locales y federales que se ocupan de tales temas se conocen poco.

II. El derecho indígena en México.

Reconozco, en principio, que a pesar de su incorporación en el texto constitucional federal, el tema de los derechos de los pueblos indígenas no parece haber adquirido carta de naturalización en el constitucionalismo mexicano. Con aquella reforma de agosto de 2001, se dijo que México arrancaba su andar en el siglo XXI redefiniendo jurídicamente a las comunidades indígenas e incorporándolas formalmente al régimen constitucional; una labor que se justificaba con creces al ser éstas la población original del país.

Sin embargo, a la par de esta reflexión se hizo evidente que no existía una idea clara de qué rumbo debían tomar los derechos indígenas que se reconocían en el texto constitucional, pues mientras para unos sectores la reforma era deficiente, para otros se trataba de una reforma adecuada, lo que provocó numerosas controversias constitucionales² y académicas.

Numerosos trabajos se ocuparon de explicitar los alcances de la reforma, en ocasiones desde perspectivas diametralmente opuestas.³ Valdría la pena preguntarnos, a ras de suelo, y no en las altitudes de la discusión teórica, qué ha pasado desde entonces. Especialmente si consideramos que en los años transcurridos desde la publicación de la reforma constitucional, numerosas legislaciones federales y locales han sufrido modificaciones para adecuar su contenido al nuevo mandato que reconoce la pluriculturalidad del Estado mexicano.⁴ Además de que la sociedad ha ido *acostumbrándose* a ciertos hechos cotidianos que le recuerdan la disímula composición de la población mexicana.

² Para conocer de todos los casos planteados véase Rocha Díaz, Salvador, coord., *La reforma constitucional para la protección de los derechos y la cultura de los pueblos indígenas*, México: UNAM, 2004, especialmente las páginas 117-231.

³ La bibliografía sobre el tema es amplia, pero como aproximación básica pueden consultarse: Carbonell Sánchez, Miguel y Karla Pérez Portilla, coords., *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México: UNAM, 2002; González Galván, Jorge Alberto, "Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México", *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, DF, no. 97, 2000; González Oropeza, Manuel, "La reforma constitucional en materia indígena de México", *Lex. Difusión y análisis*, México, DF, no. 79, enero de 2002.

⁴ Una de las últimas reformas, aprobada el 18 de octubre de 2005, es la adición del artículo 39 bis de la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales (aún no publicada), en el cual se establece: "Los pueblos y las comunidades indígenas podrán ejecutar el Himno Nacional, traducido a la lengua que en cada caso corresponda. Para tales efectos, se faculta al Instituto Nacional de Lenguas Indígenas para realizar las traducciones correspondientes, las cuales deberán contar con la autorización de la Secretaría de Gobernación y de la Secretaría de Educación Pública. // Los pueblos y comunidades indígenas podrán solicitar a las Secretarías de Gobernación y de Educación Pública la autorización de sus propias traducciones del Himno Nacional. La Secretaría de Gobernación llevará el registro de las traducciones autorizadas".

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Se ha hecho evidente que esta nueva circunstancia también ha influido en otros ámbitos jurídicos, especialmente impactados por la novedad, y creciente complejidad, del tópico de los derechos de las minorías. Poco a poco se ha extendido este reconocimiento entre la doctrina nacional y el tema ha generado interés en la enseñanza y la investigación jurídicas.

Hasta aquí debemos decir que resulta claro que los pueblos indígenas tienen en el constitucionalismo mexicano, es decir en el derecho mexicano, un reconocimiento para sus derechos. ¿Cuáles derechos se reconocen en la Constitución? *Grosso modo*:⁵ Derecho al reconocimiento como pueblo o comunidad indígena; Derecho a la autoadscripción; Derecho a la libre determinación; Derecho a la autonomía; Derecho a aplicar sus propios sistemas normativos; Derecho a la preservación de la identidad cultural; Derecho a la tierra y al territorio; Derecho de consulta y participación; Derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado y Derecho al desarrollo.

Evidentemente algunos de estos derechos no son individuales, o más bien, no sólo son individuales, también son colectivos. Y a la vista de ellos, especialmente en lo atinente a la idea de derechos a la autonomía y a la aplicación de sus sistemas normativos, podemos señalar que de ellos se desprende el derecho a tener y a que se respete tener su derecho.

Ello nos lleva a distinguir entre los derechos de los pueblos indígenas (que ya listamos antes) y el derecho de los pueblos indígenas. Me interesa destacar, el derecho de los pueblos indígenas.

La reforma constitucional hizo énfasis en la caracterización de los pueblos indígenas como aquellos descendientes de poblaciones que habitaban en el territorio mexicano al iniciarse la colonización y “que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Esto es básicamente el reconocimiento de que tienen su propio derecho, sea que le llamemos usos y costumbres, derecho consuetudinario, derecho alternativo o el derecho con el gentilicio que corresponda, no deja de ser derecho, un sistema normativo, un sistema jurídico.

En lo que interesa se señala en el apartado A del artículo segundo de la CPEUM que se “reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para [II] Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”.

⁵ Seguimos aquí la obra *La vigencia de los derechos indígenas en México. Análisis de las repercusiones jurídicas de la reforma constitucional federal sobre derechos y cultura indígena, en la estructura del Estado*, México, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2007.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Recalco, “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos”, y a continuación cuestiono: ¿Qué es un sistema normativo?

Entendemos por sistema normativo un conjunto de disposiciones que regulan una determinada comunidad. Es decir, la idea de sistema normativo está vinculada con la idea de un sistema jurídico, en tanto en ambos casos existe un conjunto de disposiciones, sean reglas o principios que regulan, que norman, que ordenan, la vida y los actos de los miembros de una determinada comunidad.

El derecho de los pueblos indígenas es así un sistema normativo, pues se compone también de disposiciones que tienen la característica de reglar la vida de la comunidad.

Y aquí no debe obviarse, por estar implícito, que cualquier sistema que regula o dispone conductas, de igual forma establece reglas para sancionar a quien no sigue aquéllas. Como afirmaban los doctrinarios del siglo XX, ningún sistema normativo puede tener sólo normas imperfectas, que no contemplen una consecuencia jurídica para quienes no cumplan con sus disposiciones.

Ello nos lleva a una serie de cuestionamientos, cuya respuesta resulta definitiva para entender nuestro sistema jurídico: si el de los pueblos indígenas es un sistema normativo y el del Estado mexicano es otro sistema normativo, ¿pueden coexistir? En caso de enfrentamiento ¿cuál es el que debe prevalecer?

Pareciera claro que cuando hablamos de un Estado estamos hablando de un Derecho, dada la inseparable identidad que hemos aceptado desde el siglo XVIII, cuando surge la idea de una Constitución que rija sobre todos y en todos los aspectos, basada en la dualidad derechos-división de poderes.

Por supuesto, entenderlo así implica alejarnos de la idea de un pluralismo jurídico que ha sido ampliamente debatido y reconocido en los estados contemporáneos, respecto de los cuales se ha derrumbado definitivamente la pretensión de homogeneidad que caracterizó la idea del Estado-nación. Por ello, la afirmación de que en nuestro país el sistema jurídico es un sistema normativo, no resulta inexacta, sin embargo, para ser más exactos deberíamos decir que es un sistema normativo mixto.

El Estado mexicano, especialmente a partir de agosto de 2001, ha reconocido la existencia de estos sistemas normativos, en el ámbito de los pueblos indígenas. Ello no sería problemático si tuviéramos el caso de que estos órdenes jurídicos se aplicaran en diferentes territorios o a diferentes personas, sin embargo, en nuestro caso se genera un fenómeno particular: el ámbito de aplicación personal y territorial o espacial resulta coincidente.

Tal coincidencia nos orilla al cuestionamiento, de que si existen ambos sistemas normativos, ¿cómo coexisten? ¿su coexistencia resulta pacífica?

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Resulta claro que la coexistencia de normas a aplicarse en un mismo territorio y a las mismas personas da lugar a colisiones. En el caso del derecho de los pueblos indígenas ocurre tal circunstancia.

La propia Constitución mexicana parece resolver el dilema, fijando límites sustantivos a las normas que componen el derecho de los pueblos indígenas. La mencionada fracción II del apartado A (art. 2º CPEUM), al que nos hemos referido antes, señala que la aplicación de los sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, deberá sujetarse a los principios generales de la propia Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Encontramos así los límites básicos para la coexistencia de estos sistemas normativos, el estatal y los de los pueblos indígenas: garantías individuales, derechos humanos y dignidad e integridad de las mujeres.

Lo que nos lleva al tema de la autonomía para darse un orden jurídico, puesto que en la propia CPEUM se menciona que la regulación y solución de sus conflictos internos a través de la aplicación del sistema normativo que les es propio *podrá o tendrá que*, según decida el legislador ordinario, en este caso el de los estados, *ser validado por los jueces o tribunales correspondientes.*

A estos límites se agrega la obligación de sujetarse a los principios de la Constitución. No hay duda, en el Estado mexicano el derecho de los pueblos indígenas es un sistema normativo limitado.

¿Eso es malo? Por supuesto que no. Son los mismos límites que tiene el legislador ordinario: el de Guerrero, el de Sinaloa, el de Yucatán, el de Sonora, el de todas las entidades federativas tiene exactamente los mismos, e incluso más, límites. Se encuentra obligado a sujetarse a la Constitución.

Así, preguntará más de uno ¿Por qué el sistema normativo indígena debe ser diferente? Quizá la visión del jurista resulte limitada para dar respuesta, acostumbrado como está a las anteojeras de un derecho único de raíz estatal. Pero el antropólogo o el sociólogo nos darán pistas para entender porque el derecho de los pueblos indígenas es diferente, porque se distingue del estatal y porque éste debe tener cierta deferencia con aquél.

En efecto, los sistemas normativos de raíz indígena incorporan figuras que no nos son familiares o que incluso han sido erradicadas, por entender que se encuentran dentro de las que el artículo 22 constitucional considera penas inusitadas y trascendentales:

Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Ello impone una nueva visión desde el derecho estatal, especialmente porque son las jurisdicciones estatales las que culminarán en no pocos casos los conflictos que se presenten en el ámbito de los sistemas normativos de los pueblos indígenas.

Lamentablemente no tenemos aun casos que hayan sido revisados por los tribunales mexicanos. Sí hallamos algunas figuras específicas en el derecho de los pueblos indígenas que valdría la pena comentar, aunque no es éste el lugar adecuado.⁶ Por ello, como mencionamos desde el principio, acudimos a la experiencia de otros países para ilustrar los problemas que allá se han resuelto y ver los criterios que se han adoptado. Tomamos dos ejemplos: Colombia y Bolivia.

III. Colombia.

Traigo a colación la experiencia colombiana, especialmente por lo paradigmático que han resultado algunas sentencias de la Corte Constitucional de aquel país, a la hora de proceder a la protección de derechos de miembros de los pueblos indígenas que consideraron que la aplicación de su sistema normativo la causaba agravios, por ser contrarios al mandato de la Constitución colombiana.

La Constitución colombiana de 1991 otorgó a los pueblos indígenas la posibilidad de acudir a su propia justicia, cuando los miembros de dichos pueblos indígenas lo consideraran necesario. Dicha jurisdicción indígena conoce de delitos como lesiones personales, homicidio, hurto, abusos sexuales, inasistencia alimentaria y litigios por tierras en los que están comprometidos miembros de las comunidades.

La característica principal de estas jurisdicciones es la celeridad en la resolución de los conflictos que se someten a su conocimiento. Nelson Martínez, quien preside el primer Tribunal Superior Indígena de Colombia, establecido hace ocho años en el departamento del Tolima, al sur de Bogotá, está orgulloso de los resultados: "Hay casos que demoran tres días en resolverse. Otros, que en la justicia ordinaria han tardado diez años, los hemos tramitado en tres meses", relata.⁷

Los jueces, quienes no reciben ningún pago, pueden pedir a la Fiscalía General y a las autoridades forenses que practiquen pruebas técnicas, pero es la jurisdicción indígena la que decide las responsabilidades e impone las penas. Al respecto, ha recibido severas críticas por el tipo de sanciones que aplican a los delincuentes, como los azotes, el cepo o el destierro. Las críticas, procedentes de abogados y defensores de derechos humanos, se basan en la apreciación de que tales castigos pueden llegar a ser "cruels, inhumanos y degradantes".

Nelson Martínez defiende tales penas. "Lo que el blanco llama cruel e inhumano para nosotros no lo es. Los (indígenas) paeces (del sur del país) practican el látigo,

⁶ Un artículo que recuerdo me causó grata impresión sobre el análisis de estas figuras, es el de Elisur Arteaga Nava, "Algunos usos y costumbres indígenas obligatorios en el estado de Guerrero, México (Cuenca del río de las Balsas)", en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, Madrid, España, no. 5, 1994, pp. 13-46.

⁷ "Jueces indígenas dan ejemplo en Colombia", página Web *BBC Mundo*, 10 de febrero de 2009. Consulta en http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/latin_america/newsid_7882000/7882300.stm del 25 de junio de 2009.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

como reflexión, y el cepo, como abrazo del rayo y del trueno", dice. Según Martínez, entre los indígenas pijaos del Tolima cuando alguien es sancionado con una vara eso significa que al responsable se pretende "enderezar". "Si una persona es sancionada físicamente, los chamanes les hacen baños (de hierbas) y salen sin rencores ni remordimientos", explica.

Sobre este particular, la Corte Constitucional de Colombia sentenció que los indígenas en ningún momento pueden violar los derechos a la vida, a la integridad del cuerpo, a no ser esclavizado y al debido proceso. Eso explica que algunas prácticas hayan desaparecido o estén siendo combatidas, como el asesinato de brujos y de niños desmovilizados de grupos armados ilegales, el corte de clítoris, o el abandono de gemelos.⁸

Hace poco, el Consejo Superior de la Judicatura le hizo un reconocimiento al Tribunal Indígena del Tolima. Expertos de otros países, como Perú, han viajado a esta región colombiana para conocer el funcionamiento de estos tribunales. Sin embargo, diversos estudiosos advierten que "no se pueden tomar proyectos y copiarlos por fuera de los contextos sociales y culturales [...] Si bien (el Tribunal Superior Indígena) es interesante y ha funcionado aquí, en otras partes podría tener graves consecuencias", advierte.

Por ahora, el Tribunal ya ha emitido fallos en 689 casos, donde no sólo se imponen penas privativas de la libertad, sino también compensaciones económicas para las víctimas.

El caso Gembuel Pechene.⁹ Uno de los casos que vale la pena mencionar en relación con la interpretación que se ha dado en Colombia sobre los sistemas normativos, deriva de la sentencia que se impuso a Francisco Gembuel Pechene, indígena páez, por parte de la Asamblea de la Zona Norte (Cabildos de la Zona Norte del Departamento de Cauca), consistente en 60 fuetazos, expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios. La sentencia se dictaba por haberlo encontrado culpable de haber propiciado la muerte del alcalde municipal de Jambaló.

En un primer momento, el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao concedió tutela al actor contra la sentencia. Los argumentos reconocían la competencia de la comunidad para llevar el proceso, pero consideraban que el derecho de defensa había sido violado y que las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad de Gembuel Pechene.

⁸ Hace algunos años fue noticia que, en Colombia, después de pasar meses en un centro de adopción, unos bebés mellizos de la etnia U'wa regresaría a su comunidad indígena que se comprometió a garantizarles la vida, haciendo una excepción a una costumbre ancestral que ordena abandonarlos por considerar que son de mala suerte. Este grupo étnico de Colombia tiene alrededor de 8 mil miembros. "Mellizos perdonados", en *La Voz del Interior*, sección Temas, del 10 de octubre de 1999. Tomado de: http://www.culturahispanicacba.com.ar/Notas/iberoamerica_indigenistashtm.htm

⁹ Consulta de la sentencia <http://www.oit.or.cr/mdtsanjo/indig/t523-97.htm> del 25 de junio de 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

En segunda instancia, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao confirmó la decisión. El asunto pasó a conocimiento de la Corte Constitucional, resolviendo el caso la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas.

En la resolución de la Corte Constitucional dos son las cuestiones que se resuelven:

1. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca?
2. ¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas?

En el caso, del dictamen antropológico rendido y de los razonamientos realizados, se arriba a la convicción de que se debe aceptar la práctica del fuate y del destierro. En el caso del fuate, se hace una ponderación diferente a la realizada en el caso *Tyrer* resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Señala la sentencia sobre los dos casos:

...el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea "es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas", mientras que la sociedad páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.

Los razonamientos que aquí encontramos se apartan notablemente del paradigma jurídico que conocemos y atienden elementos que, desde la visión tradicional del derecho, pocas veces hemos reflexionado.

Ahora bien, debe dejarse en claro que el sistema normativo de los paéz, o el derecho páez si se prefiere, coexiste con el derecho colombiano, en términos de la resolución dictada por la Corte Constitucional, no en razón de que es un sistema normativo sino porque su contenido no viola el núcleo duro de los derechos humanos. Así, el fuate o el destierro no atentan contra el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de tortura.

IV. Bolivia.

La vigente Constitución de Bolivia reconoce a cada uno de los pueblos indígenas como sujeto colectivo de derechos. En este sentido, los sistemas jurídicos propios

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

hacen parte de su identidad e integridad cultural. El artículo 30, parágrafo II, numeral 14, señala:

Los pueblos indígenas gozan del derecho al ejercicio de sus sistemas políticos jurídicos y económicos acordes con su cosmovisión.

Cabe resaltar que el sistema jurídico indígena se encuentra en igual jerarquía que el estatal. De ahí que desde el punto de vista jurídico, las decisiones en el marco de la justicia comunitaria tienen el valor de cosa juzgada.

Como limitaciones, el texto constitucional establece que la jurisdicción indígena respeta el derecho a la vida, a la defensa y demás garantías (Artículo 190, parágrafo II). La justicia indígena respeta el derecho a la vida y la libertad. La sanción más grave moralmente y culturalmente es el destierro o la expulsión de la comunidad o territorio. No así el castigo corporal, que tiene un carácter de reprimenda paternal y permite encauzar y corregir su conducta, garantizando de esta forma la armonía en la comunidad.

Un comunario/a o dirigente/a sometido a la jurisdicción indígena, cuya conducta haya alterado el orden social y violado sus normas culturales, deberá aceptar la sanción de acuerdo a sus procedimientos propios. Caso contrario, si acude a la justicia ordinaria para denunciar en otra jurisdicción distinta a la suya, significaría la negación de identificación con su mundo cultural.

El caso Marcial Fabricano.¹⁰ En este caso, que tuvo lugar en Bolivia, según se argumenta, diversas organizaciones indígenas emitieron una serie de resoluciones condenando el accionar delictivo de Marcial Fabricano Noé, en las mismas ya se establecían diversas sanciones. Sin embargo, Fabricano respondió haciendo burla de tales determinaciones.

El 6 de mayo de 2009 se celebró, en la comunidad de San Lorenzo, el XVIII Encuentro de Corregidores del TIPNIS. A dicho evento asistió Fabricano al que se le describió “con una actitud arrogante y prepotente, desafiando a la autoridad de las 64 comunidades del territorio”. Como resultado de esa actitud y en cumplimiento a la Resolución 01/08 del 7 de septiembre de 2008, el XVIII Encuentro de Corregidores del TIPNIS aplicó la sanción de 50 “chicotazos” (azotes), una de las penas más drásticas previstas en el sistema jurídico del pueblo Mojeño -al que pertenece Fabricano- por los diversos delitos que cometió, según la valoración de los corregidores.

El tema de la actitud mostrada por Fabricano es relevante, porque cuando se aplica la guasca (chicotazo o azote) como sanción, si el procesado pide perdón puede lograr la suspensión de la ejecución. Caso contrario, se da continuidad al cumplimiento de la sanción. Se ha mencionado que la “guasca” o azote tiene un sentido paternal y su fin es “recuperar al hermano”, encauzarlo para que vuelva a la vida en colectividad. Esta forma de sanción fue apropiada por los pueblos indígenas en la época de las

¹⁰ Consulta en <http://www.servindi.org/actualidad/opinion/12223> del 25 de junio de 2009.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

“reducciones” jesuíticas y franciscanas. Sin embargo, también se señala que para muchos hacendados el azote ha sido y es una práctica de sometimiento y humillación utilizada contra de los pueblos indígenas, por lo cual, hay una opinión en el sentido de que es fundamental erradicar estas prácticas, que verdaderamente ofenden la dignidad humana.

En una valoración jurídica, a partir del articulado constitucional en este caso se advierte que: **a)** La administración de justicia se ha ejercido a través de sus autoridades naturales (corregidores), en el ámbito de su jurisdicción (al interior del territorio indígena), de acuerdo al artículo 190 de la CPE; **b)** La sanción ha sido impuesta a un miembro del pueblo Mojeño (Artículo 191); **c)** Las autoridades indígenas tienen competencia para conocer y sancionar todo tipo de delitos (artículo 191); y, **d)** Respetando sus principios, valores culturales normas y procedimientos propios.

De ahí que se considere que lo sucedido fue una expresión del sistema jurídico indígena.

Estos dos casos nos muestran una consideración ajena a nuestra tradicional concepción del derecho: la sanción no como un castigo, sino con una naturaleza reparadora que permite al individuo reintegrarse a la sociedad en la cual ha delinquido.

V. Éstos no son los únicos casos.

En Estados Unidos, país donde muchas comunidades indígenas viven en reservas, es decir en lo que ahora se reconoce como sus propios territorios y, por tanto, se manejan con leyes propias, un tribunal indígena en el Estado de Oregon decidió volver a imponer la vieja tradición del azote para castigar a una joven de 17 años. La información, fechada en 1995, dice que un adulto de la Confederación Tribal Warm Springs le propinó a la joven cinco azotes con una correa ante la presencia de familiares como castigo por haber sido desobediente y haberse escapado de la casa.¹¹

Estas referencias nos dan una idea de los alcances que puede tener la discusión en torno a la aplicación de los sistemas normativos que se reconoce a los pueblos indígenas en la Constitución mexicana, y en especial el análisis de las sanciones que pueden establecerse en el derecho indígena, que pudieran en un momento aparecer enfrentados a las disposiciones de carácter constitucional o legal, propias del sistema jurídico estatal.

Por supuesto, los casos pueden multiplicarse, finalmente en un país con más de medio centenar de grupos étnico-culturales, las posibilidades de confrontación entre el sistema normativo estatal y los de los pueblos indígenas son altas.

¹¹ “Joven indígena recibe azotes por orden del tribunal”, en La Voz del Interior, Córdoba, Argentina, 09 de febrero de 1995. Tomado de: http://www.culturahispanicacba.com.ar/Notas/iberoamerica_indigenistashtm.htm.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Dejamos aquí el apunte e invitamos a la lectura de la sentencia anunciada, donde puede verse el matiz que se advierte sobre el carácter de la sanción en uno y otro sistema.

VI. Anexo: Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

Referencia.: Expediente T-124907 // Temas: La Jurisdicción Indígena. La sanción corporal dentro de la tradición indígena // Actor: Francisco Gembuel Pechene // Demandado: Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscue, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca. // Magistrado Ponente: Dr.Carlos Gaviria Díaz

Santafé de Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de mil novecientos noventa y siete (1997).

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN,

procede a dictar sentencia en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao (Cauca), el cuatro (4) de febrero de mil novecientos noventa y siete (1997), que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997).

I. ANTECEDENTES

El indígena páez Francico Gembuel Pechene interpuso acción de tutela contra el Gobernador del cabildo indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. Solicitó a través de este mecanismo judicial, que el informe final de la investigación realizada por las autoridades indígenas del Norte del Cauca, en relación con la muerte de Marden Arnulfo Betancur, no fuera presentado a la comunidad páez.

1. Hechos

-El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur, quien se desempeñaba como Alcalde Municipal de Jambaló.

-Dos días después, los Gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de "investigar y sancionar a los responsables de este asesinato"(fl.56). El primer paso fue ordenar la aprensión de Francisco Gembuel y cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del Alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar, y por haber sostenido públicamente que Marden Betancur estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

públicos. En esa misma fecha se acordó que, una vez capturados, serían trasladados al Municipio de Toribío, para evitar posibles venganzas contra ellos (fls. 57 y 58).

-En el curso de la investigación, la comisión recibió el testimonio de Francisco Gembuel (fl 59) y la ampliación de su indagatoria (fl. 87 y ss); recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla (fls. 65 a 85, 103 a 131) y practicó el reconocimiento visual del sitio donde presuntamente Francisco Gembuel (y otro sindicado) había sostenido conversaciones con el grupo insurgente (fl.121). Así mismo respondió la petición que elevó el demandante, en la cual solicitaba ser defendido por un abogado, indicando que podía contar con un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro permanente de la comunidad indígena de Jambaló y conociera sus usos y costumbres (fl. 86). De todas las actuaciones se dejaron constancias por escrito.

-Cumplidos estos procedimientos, la comisión citó la celebración de una Asamblea General para el 24 de diciembre de 1996, con el fin de presentar a la comunidad las conclusiones de la investigación. Tal convocatoria fue precedida por la publicación de un artículo en el periódico "El Liberal", en el que se afirmaba que el Frente "Cacique Calarcá" aceptaba ser el autor material de los hechos.

-Un día después, el actor interpuso acción de tutela contra el Gobernador del cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cuaca, con el argumento de que las autoridades indígenas habían desconocido en la investigación, la circunstancia de que el grupo guerrillero era el culpable del asesinato del Alcalde, pues citaron a la Asamblea para rendir su informe, con anterioridad a la publicación del comunicado. Sostiene además, que se violó su derecho al debido proceso, en primer lugar, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas; en segundo lugar, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, circunstancia que hace presumir una decisión arbitraria y, en tercer lugar, porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare su conducta porque, en su opinión, "no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el juzgamiento del delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria, inclusive a instancia y con el apoyo de los Cabildos que no han vacilado en presentar a los indígenas que se ven involucrados en la comisión de tales ilícitos ante la autoridad judicial ordinaria competente." Solicitó, en consecuencia, ordenar a las autoridades indígenas abstenerse de convocar a la Asamblea y rendir el informe de la investigación.

-Cinco días después, y sin que el juez de tutela se hubiera pronunciado, se realizó en el Municipio de Jambaló la Asamblea de la Zona del Norte, en la que participaron miembros de todos los resguardos de la zona, para presentar las conclusiones del proceso final del asesinato del Alcalde. En ella se leyeron las actas de la investigación y se permitió a los sindicados rendir sus descargos. Francisco Gembuel, por su parte, no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan sólo acataría lo que se dispusiera en ese proceso (fl.145).

-Finalmente, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la Asamblea decidió que el sindicato era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios (fl 157). Al momento de proceder a la ejecución de la pena del fute, los familiares de Francisco Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al Gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción y posponerla para el 10 de enero de 1997.

2. Fallo de Primera Instancia

El Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao el 8 de enero de 1997 concedió la tutela al actor. Si bien reconoció la competencia de la comunidad indígena para adelantar el proceso, consideró que el derecho de defensa había sido violado, y las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad personal de Francisco Gembuel. Ordenó, en consecuencia, dejar sin efectos el acta N° 1 de diciembre 24 de 1996 y reabrir la investigación realizada por las autoridades indígenas, "garantizando el debido proceso, el derecho de defensa y los derechos humanos al momento de determinar la pena." Los argumentos que sustentan su decisión pueden resumirse así:

1. La respuesta de la comunidad en el sentido de no permitirle al demandante ser defendido por un abogado, viola la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, literales b, c, d, e y f), así como el art. 29, inciso 4 de la Constitución. Este derecho no puede ser tenido en cuenta sólo en la jurisdicción ordinaria, sino que también se exige su cumplimiento en las jurisdicciones especiales.
2. El demandante no tuvo la oportunidad de conocer el acervo probatorio, ni de controvertir las acusaciones contra él.
3. La pena que le impuso la comunidad a Francisco Gembuel (60 fuetazos) constituye una práctica de tortura, porque se trata de "un acto que causa a otro dolor y sufrimiento grave física y mentalmente, el que se da en razón de un castigo". La tortura, de acuerdo con la sentencia T- 349 de 1996 proferida por la Corte Constitucional, constituye uno de los límites a la autonomía de las comunidades indígenas.

3. Fallo de segunda instancia.

El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao confirmó la decisión de primera instancia. En su opinión, el procedimiento fue irregular porque: 1) El actor no tuvo la oportunidad de conocer ni contradecir las pruebas; 2) no pudo ser defendido por un abogado; 3) las personas que las autoridades indígenas aceptaron como defensores eran contradictores políticos del actor, circunstancia que le restó a la investigación su imparcialidad y 4) se le condenó a una sanción, el fute, que así no deje secuelas físicas, es una medida que atenta contra la dignidad humana.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

4. Pruebas

A solicitud del Magistrado ponente, la antropóloga Esther Sánchez y el investigador Tulio Rojas manifestaron su opinión frente al proceso que estudia la Corte. Así mismo, se ordenó al Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló informar sobre el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad para juzgar el delito imputado al actor, así como el objetivo y significado del uso del fuste y de la sanción de destierro. Sus consideraciones serán incluidas a lo largo de la sentencia.

II. CONSIDERACIONES DE FONDO.

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. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.

En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de 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 no ven en ellos un presupuesto vinculante.

En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.

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.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en la sentencia T-349 de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un "verdadero consenso intercultural", deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

Sobre el primer punto, la Sala consideró que, como "sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la nación, atienda a la regla de "la **maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de la **minimización de las restricciones** indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". Este criterio supone que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

"a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. la seguridad interna).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas".

Es obvio, como lo señala la sentencia citada, 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."

Estos criterios son los que deberá tener en cuenta la Sala para decidir este caso.

III. EL CASO CONCRETO.

3. 1. Planteamiento del problema

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

La Corte debe resolver básicamente dos problemas jurídicos.

- a. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca?
- b. ¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Para resolver el primer problema, es pertinente referirse a los presupuestos que orientan el procedimiento de la comunidad páez de Jambaló, para confrontarlo con las actuaciones que realizó el cabildo indígena en el caso específico. El segundo punto, se solucionará a través las reglas de interpretación que la Corte ha establecido.

3.2. La tradición de la comunidad páez.

Como bien lo afirma la antropóloga Esther Sánchez, la cultura páez debe ser estudiada como parte de un "tejido históricamente configurado". No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de los mayores que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos.

Ese proceso fue posible entonces, porque los paeces, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. Un ejemplo de ello es su ordenamiento jurídico, claramente impregnado por simbologías y procedimientos propios que, para el caso que ocupa a la Corte, merecen ser estudiados.

En efecto, para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el "yacska te' c'indate tenge'a mecue " o "rastros que dejan los mayores", pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y "encontrar la mentira en la palabra de los acusados".

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el "us yacni" (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no sólo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.

Los castigos más usuales entre los paeces son: el fuate, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fuate y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un "perrero de arriar ganado", aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte, es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

3. 3. La legalidad del procedimiento adelantado contra el actor.

Conforme a lo explicado hasta aquí, la Corte deberá establecer si el procedimiento que adelantó la Asociación de Cabildos de la Zona Norte contra Francisco Gembuel, violó el debido proceso, y si las decisiones adoptadas por la comunidad excedieron

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena. Procederá entonces a analizar estas actuaciones.

3.3.1. Competencia de los Comunidad indígena.

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta Corporación en una decisión reciente "la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...".

En el caso que ocupa a la Corte, este conflicto de competencias es planteado por el mismo actor, quien niega la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el ser asistido por un abogado. Para resolverlo, es necesario, entonces, analizar los elementos subjetivos y territoriales de este caso.

Respecto del primero, es decir, sobre la pertenencia del actor a la comunidad, él mismo rindió testimonios encontrados. En un primer momento expresó:

"Si de Jambaló, yo soy nacido allá, claro que en alguna época estuvimos andando, con la familia pero hace más o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo posesiones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio donde funciona toda la comunidad indígena y yo soy parte de esa comunidad, por eso soy miembro y además estoy dentro del censo que anualmente hace el cabildo" (fl. 45. Testimonio rendido el 20 de diciembre de 1996).

Sin embargo, en un segundo interrogatorio ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, y al preguntársele si se consideraba miembro activo de la comunidad páez respondió:

"En la actualidad no, y antes si, o sea más de un año por la razón que yo tenía unas posesiones, en terrenos del resguardo entonces yo probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo...sólo tengo mi vivienda que en la actualidad habito...". (fl. 196. Testimonio rendido el 7 de enero de 1997).

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Para la Corte, esta última declaración sugiere una actitud acomodada del demandante para acceder a los supuestos beneficios de la justicia ordinaria. Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (él mismo lo señaló en la audiencia fl.155), habitar en él y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos más importantes de la comunidad páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su pertenencia a ella. Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso "la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena."

Claro está, que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades.

En cuanto al segundo factor, el territorial, al demandante se le acusa de haber cometido un delito dentro del resguardo. Por lo tanto, y al conjugar los elementos subjetivos y geográficos, es evidente que se trata de un conflicto interno que debe ser resuelto por las autoridades indígenas.

3.3.2. Adecuación del proceso.

Como ya lo señaló la Corte, 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.

En el caso que ocupa a la Corte, después de confrontar las pruebas que obran en el expediente, con la información suministrada por los intervinientes en este proceso, es forzoso concluir que el debido proceso se cumplió.

En efecto, como se explicó en la parte correspondiente a los hechos, después del asesinato del Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancur, los familiares del difunto pidieron al cabildo indígena que asumiera la investigación para determinar si Francisco Gembuel, Diego Anibal Yule, Jorege Elieser Quiguanás, Marcos Vitónco y Alirio Pito, habían sido los autores intelectuales. Contrario a lo que afirma el demandante, esta investigación desde sus inicios se dirigió a comprobar si los sindicatos eran las personas que injustamente habían acusado al Alcalde, pues era claro que el ELN lo había asesinado. Así lo señala la comisión investigadora en el acta N° 2 de 1996 (fl. 57), al ordenar "asegurar inmediatamente a las personas que

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

acusaron y calumniaron al Ex Gobernador y Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancurt Conda." (cursivas fuera de texto).

El Gobernador de Jambaló, dada la gravedad del caso y el peligro que representaba el autor material conocido como el "Frente Cacique Calarcá" del ELN, solicitó la colaboración de los demás cabildos de la zona norte para realizar la investigación, actuación que no es contraria al procedimiento páez, que contempla como principios la unidad y la colaboración de los demás cabildos en situaciones conflictivas. Pero además, el hecho de que la Asociación de Cabildos del Norte del Cauca, y no simplemente el Cabildo de Jambaló, haya sido la encargada de investigar al actor, era previsible, puesto que en 1984 los paeces habían realizado un convenio de cooperación para enfrentar los casos en los que estuvieran involucrados grupos armados, denominado "Acuerdo de Vitoco".

La orden de trasladar a los acusados a Toribío para escuchar sus declaraciones, tampoco podría considerarse como violatoria del debido proceso porque, aunque no es usual, ella se adoptó para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal de los acusados, que se encontraban amenazados por la presencia del grupo insurgente en las inmediaciones de Jambaló. Por su parte, las demás actuaciones de la comisión investigadora, es decir, la recepción de testimonios de los comuneros y la inspección ocular del lugar donde presuntamente Francisco Gembuel habló con la guerrilla, se realizaron siguiendo el curso normal de la investigación.

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

En el evento estudiado, a Francisco Gembuel no se le violó el derecho de defensa, en primer lugar, porque se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro activo de la comunidad y en segundo lugar, porque se le brindó la oportunidad de rendir sus descargos durante la Asamblea, posibilidad que el mismo demandante declinó. En efecto, cuando se le dio la palabra manifestó: "...En cinco minutos no puedo hacer mis descargos. Yo sólo me atengo al fallo de tutela" (fl. 145). Nótese, además, que en atención a la sentencia del juez penal municipal de Santander de Quilichao, la comunidad convocó a otra Asamblea General el 10 de febrero de 1997, para realizar nuevamente los careos; en ella, el demandante respondió libremente a los testigos.

Por otra parte, 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.

3.3.3. La legalidad de las penas.

a) El fuate.

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, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: "(...) todo acto por el cual se inflinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionarios público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas". La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es un particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.

Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso "Tyrrer", en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela, a tres golpes "con una vara de abedul", no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana, "porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan esta nociones": Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de "Irlanda contra el Reino Unido, "en el que esa Corte reiteró, que mientras las penas no produzcan "sufrimientos de una intensidad y crueldad particular", no podrían considerarse como tortura".

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura.

El fuste consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que "humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno", porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al "escarmiento" público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

Nótese, además, como las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso "Tyrer" ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea "es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas", mientras que la sociedad páez, como comunidad aborígen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.

En relación con las penas corporales que impone una comunidad indígena, ya existe un antecedente jurisprudencial de esta Corporación. En la sentencia T-349 de 1996, tantas veces citada, se aceptó la práctica del cepo en la comunidad emberá-chamí, estableciendo que, lejos de tratarse de un comportamiento cruel e inhumano, se trataba de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba como valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, consideraciones que bien pueden extenderse a la práctica de fuate dentro de la comunidad páez.

Cabe recordar, además, que en otra decisión la Sala Plena de la Corte consideró ajustado a la Carta el "castigo moderado" que el Código Civil contempla como uno de los deberes de los padres con respecto a los hijos de familia, a pesar de que las condiciones socio-culturales de la sociedad mayor, son notablemente distintas a las que prevalecen en la comunidad indígena.

b) El destierro.

El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) el destierro se refiere a la expulsión del

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación.

Ahora bien, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, es preciso señalar, que no es compatible con el principio de la diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado (como parecen sugerirlo los jueces de tutela). Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento contradictorio que podría expresarse así: "La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria". Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que, entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre". Pero además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias.

4. CONCLUSION.

No asiste razón a los jueces de tutela, al afirmar que los Gobernadores de los Cabildos Indígenas de la Zona del Norte de Cauca violaron el derecho al debido proceso del actor, pues estas autoridades tuvieron extremo cuidado en cumplir el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad. Además, se le permitió ejercer su defensa personalmente durante las Asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero 1997 y se le brindó la posibilidad de ser defendido por un miembro de la comunidad, siempre y cuando conociera la lengua y las costumbres, como así lo contempla el procedimiento utilizado tradicionalmente en Jambaló. Las sanciones, por su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuste como la de destierro era previsible para el actor. En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura.

DECISION

En mérito de las consideraciones expuestas, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

RESUELVE

Primero: **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997) y en su lugar, **NEGAR** la tutela interpuesta por Francisco Gembuel contra el Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos del Norte.

Segundo: **COMUNICAR** el fallo al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CARLOS GAVIRIA DIAZ. Magistrado Ponente. JOSÉ GREGORIO HERNANDEZ GALINDO. Magistrado. HERNANDO HERRERA VERGARA. Magistrado. MARTHA V. SACHICA DE MONCALEANO. Secretaria General.