

FALLOS

COLOMBIA: Jurisdicción indígena – La sanción corporal dentro de la tradición indígena

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA N° T-523/97

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 DIAZ

Santa Fe 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 Hernandez Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Diaz - este último en calidad de ponente-,

EN NOMBRE DEL PUEBLO Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCION

procede a dictar sentencia en la revisión del fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito 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 Francisco Gembuel Pechene impuso 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 Betancour, no fuera presentado a la comunidad páez.

1. Hechos

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

Dos días después, los Gobernadores de los cabildos indígenas de la zona 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 Betancour estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos. En esa misma fecha se acordó que, una vez capturados, serían trasladados al Municipio de Toribio, 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); y 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). Asimismo, respondió la petición que elevó el demandante, en la cual solicitó ser defendido por un abogado, indicando que podía contar con un defensor, siempre y cuando este 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 una acción de tutela contra el Gobernador del cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, 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 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 sindicatos rendir sus descargos. Francisco Gembuel, por su parte, no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan solo 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 de elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios (fl. 157). Al momento de proceder a la ejecución de la pena de 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 Municipal de Santander de Quilichao el 8 de enero de 1997 concedió 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 solo 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 el.
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 u 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.

2. 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 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.

3. 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. Asimismo, 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.

I. 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 el 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 "solo 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 interés de superior jerarquía". Este criterio supone que, en un caso concreto, solo 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 se determinan cada uno de esos 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 del 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 interés de superior jerarquía y son las mejores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional".

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

I. EL CASO CONCRETO

3.1. Planteamiento del problema

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 facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Para resolver el primer problema, es pertinente referirse a los presupuestos que orientan al 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 de 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.

Este 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'índate 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 a 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 de la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y "encontrar la mentira en las palabras de los acusados".

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 solo 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 fueite, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fueite 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", aunque 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 mas grave, y solo 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 los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena. Procederá entonces a analizar estas actuaciones.

3.3.1. Competencia de la 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, el 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 mas 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, 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 mas 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... solo tengo mi vivienda que en la actualidad habito..." (fl. 196 Testimonio rendido el 7 de enero de 1997).

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 (el mismo lo señaló en la audiencia fl.155), habitar en el y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos mas 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 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 Betancour, los familiares del difunto pidieron al cabildo indígena que asumiera la investigación para determinar si Francisco Gembuel, Diego Aníbal Yule, Jorge Elieser Quiguanás, Marcos Vitónico 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 sindicados 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 acusaron y calumniaron al Ex Gobernador y Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancourt 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 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 que estuvieran involucrados grupos armados, denominado "Acuerdo de Vitoco".

La orden de trasladar a los acusados a Toribio para escuchar sus declaraciones, tampoco podría considerarse 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 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.

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 este 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 solo me atengo al fallo de la 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. 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 imputa la falta, se sienta liberado.

Frente a esta disparidad de visiones ¿Es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido a 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 infrinja 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 a coaccionar a una persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario 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 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 de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es en 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 penas corporales constituyen tortura y 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 y 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 estas 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 mas utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar 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 ala 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 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 por 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 "Tyrrer" ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras que 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 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 territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, den consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del art. 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 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 solo 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 Norte del 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 permitió al actor su defensa personalmente durante las Asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero de 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 la 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,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito 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