

# YO, OVIDIO GONZÁLEZ WASORNA,... Y EL MITO DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INDÍGENA

Diego J. Duquelsky Gómez  
*Universidad de Buenos Aires*

## **I**ntroducción al fenómeno del pluralismo jurídico

Tanto la antropología como la sociología jurídica, han llamado la atención desde hace tiempo sobre el fenómeno del pluralismo jurídico, situación que se da siempre que en un mismo espacio geopolítico rija (oficialmente o no) más de un orden jurídico. Este tipo de investigaciones tuvo una remota inspiración en la tradición romántica antiformalista de finales del siglo XIX y principios del XX (derecho vivo de Eugen Erlich; escuela del derecho libre) e influencias muy próximas de la antropología jurídica anglosajona. Pero fue, sin dudas, desde la publicación de los trabajos de campo llevados a cabo por Boaventura de Sousa Santos en una favela de Río de Janeiro durante los años setenta, que la problemática se instaló como un punto insoslayable de las agendas teóricas alternativas.

Desarrollados con un sentido epistemológico crítico, progresista, intentaban romper con uno de los tabúes de la teoría sociológica del derecho como también del estudio del discurso y de la argumentación

jurídicos: el reconocimiento de una producción jurídica no estatal y la denuncia del ocultamiento (o supresión) de tales órdenes alternativos llevado a cabo por el Estado como forma de dominación.

Sin embargo, el tema se ha complejizado en tal medida que ya no es dable entenderlo tan sólo como propio de aquellas sociedades en que conviven un derecho ancestral y un derecho moderno. Los procesos migratorios, las sociedades multiculturales, la nueva *lex mercatoria* internacional, son todos ellos fenómenos actuales que generan conflictos normativos y exigen la elaboración de nuevas categorías conceptuales para su comprensión.

Un buen modo de clarificar el universo de análisis englobado bajo el rótulo de pluralismo jurídico, resulta la distinción de las fases en que el mismo se ha desarrollado. Para ello tomaremos como base la propuesta elaborada por el propio Boaventura de Sousa Santos en un sugestivo trabajo: “Pluralismo jurídico, escalas y bifurcación”<sup>1</sup>

La primera de estas fases se da en los años sesenta -dominada por la antropología tributaria de la escuela de Manchester- y es el resultado de los procesos de descolonización llevados a cabo en África. Puede verificarse la coexistencia en un mismo espacio, arbitrariamente unificado como lo fueran las colonias, del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales, lo que fue fuente constante de conflictos y reacomodamientos precarios.

---

<sup>1</sup> En “Conflicto y Contexto”, Colciencias, Bogotá, 1997.

A esto cabe agregar nuevos supuestos vinculados, por un lado, con la adopción en países de tradiciones culturales "no europeas", de modelos jurídicos occidentales como herramienta de "modernización" y consolidación del poder del Estado (como en Turquía, Tailandia o Etiopía); y, por otro, los casos en que a partir de una revolución social, el derecho tradicional entró en conflicto con la legalidad revolucionaria, habiendo sido por ello proscrito, pero sin haber dejado de tener vigor durante largo tiempo. Ejemplo paradigmático en tal sentido son las repúblicas del Asia Central de tradición jurídica islámica, en el seno de la Ex-Unión Soviética.

La segunda fase, desarrollada a partir de mediados de los años setenta, se caracteriza por los estudios de tipo sociológico que demuestran la existencia -al interior de los grupos marginales urbanos de los países semidesarrollados- de una legalidad paralela, informal o insurgente, organizada a partir de la actuación de líderes comunitarios y asociaciones de vecinos o moradores.

La idea dominante en esta etapa es una concepción romántica del pluralismo jurídico. "Todo lo que no era oficial, todo lo que no era estatal se consideraba bueno de alguna manera. Era el derecho de los grupos oprimidos: un derecho informal, comunitario, autónomo, que trabajaba con la mediación, con la conciliación. Por eso aparecía como una alternativa a lo despótico de la justicia oficial".<sup>2</sup>

La tercer fase del pluralismo, que estamos actualmente transitando, nos encuentra inmersos en un contexto más complejo que el hasta ahora

---

<sup>2</sup> B. de Sousa Santos, *ibidem*, p. 65.

analizado, y nos obliga a una revisión de muchos de estos supuestos. En primer término cabe destacar que en los últimos años la justicia oficial ha sufrido procesos de informalización o desestatización (mecanismos de mediación y conciliación, resurrección de los jueces de paz, tribunales de pequeñas causas, etc.) que se confunden con algunas de las formas de justicia informal que aparecían como insurgentes y hoy son cooptadas por el propio Estado.

Por otra parte, se ha verificado en los últimos años como al interior de las comunidades marginales se desarrollan prácticas absolutamente lesivas para los derechos humanos y el espacio retórico es sustituido por la violencia más cruda. “Privilegiando la violencia y la justicia privada, esta juridicidad alternativa se traduce, cada vez más, en la aplicación de un código penal mucho más arbitrario que el código penal estatal. Ya se trate de la aplicación de un tiro en la mano (o ante la negativa, de un tiro en la rótula), como pena para los pequeños hurtos, o de la aplicación de castigos físicos, obligando a los sancionados a rondar en varios turnos y a trabajar durante el día en obras comunitarias”<sup>3</sup>.

Adquiere a su vez una importancia central, en esta tercer fase, el desarrollo de un nuevo tipo de pluralismo, de carácter supraestatal, que se manifiesta bajo la nueva lex mercatoria internacional. No puede dejar de reconocerse que el núcleo básico de las grandes decisiones ya no es identificable con el Estado-Nación. Existe también un sentido de pluralismo jurídico como proyecto conservador, ya que sin una institución legítima que sea capaz de monopolizar un poder de coacción jurídica efectivo a nivel

---

<sup>3</sup> E. Botelho Junqueira, Lo alternativo regado en vino y aguardiente en *El otro Derecho* Vol. 4 N° 3, octubre 1992, ILSA, Bogotá, Colombia.

internacional, son las firmas transnacionales, los organismos multilaterales de crédito, etc., quienes van promulgando el cuadro jurídico, en conformidad con sus intereses, a partir del cual se hará la regulación social.

A ello, deberíamos agregar un nuevo supuesto: los intensos movimientos demográficos a los que asistimos día a día son generadores de nuevas sociedades, plurales, diversas, multiculturales. Particularmente en Europa, pero también en América Latina, la presencia extranjera masiva ha pasado a ser una preocupación constante, tanto a nivel político como teórico. En este plano aparece nuevamente el tema del pluralismo jurídico, sobre todo en los casos en que las prácticas jurídicas “cargadas a costas” por los migrantes, entran en conflicto con el derecho estatal<sup>4</sup>.

Finalmente, y de ello trata precisamente nuestro trabajo, las reformas constitucionales vividas en América Latina desde la restauración democrática en el continente, han incorporado el reconocimiento –con mayor o menor amplitud- de diversas formas de derecho indígena, resignificando el fenómeno del pluralismo jurídico de cuño antropológico.

### **Breve justificación del “objeto” seleccionado**

No es fácil seleccionar para su análisis crítico, un texto representativo del fenómeno señalado. Esto se debe, fundamentalmente, a que vivimos en un "mundo discursivo" donde proliferan y circulan incesantemente sentidos

---

<sup>4</sup> Un ejemplo paradigmático en tal sentido es la práctica de la “excisión”, término que alude a diversas formas de mutilación de los genitales externos femeninos. Estas intervenciones, que se practican frecuentemente en las niñas recién nacidas, aunque algunas veces también en jóvenes de edad más avanzada, son comunes entre las hijas de inmigrantes africanos en diversos países de Europa.

que constituyen el universo de las representaciones sociales. Ni siquiera se delimitaría sensiblemente el marco de nuestra elección, si restringiéramos progresivamente la búsqueda -como en un "browser" de la web- incorporando nuevas voces.

Y es que -si bien estas afirmaciones podrían haberse formulado para "todo discurso" y para "toda sociedad"<sup>5</sup>- en el caso del discurso jurídico de la posmodernidad, la oferta se torna ilimitada. No sólo por la compleja trama de textos "oficialmente" considerados como tales por el "status quo" institucional, profesional y académico, sino por el hecho incontrastable de que, en palabras de François Ost "el Derecho posmoderno, es una estructura de red que se traduce en infinitas informaciones disponibles instantáneamente y, al mismo tiempo, difícilmente matizables, tal como puede serlo un banco de datos"<sup>6</sup>.

Deberíamos, entonces, justificar nuestra elección y explicitar los motivos que condujeron a ella. Son dos las razones que nos llevaron a encarar el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional de Colombia que acompañamos como anexo de este trabajo.

En primer lugar, porque al tratarse de un "producto" del órgano supremo en la estructura jerárquica del poder judicial, allí "radica el punto máximo al cual desde el discurso jurídico se puede aspirar como lugar de control y distribución del ejercicio del poder"<sup>7</sup>.

En segundo término, es la "ejemplaridad" de la causa, lo que contribuye

---

5 Recordemos, en ese sentido, la hipótesis inicial planteada por Foucault en su *Lección inaugural en el Collège France*: "yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes y peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y terrible materialidad". FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, Cuadernos marginales 36, Barcelona, Tusquets, 1992.

6 OST, François, *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez*, Doxa - 14, 1993

7 Cfr. ENTELMAN, Ricardo, *Aportes a la formación de una epistemología jurídica en base a algunos análisis del funcionamiento del discurso*, en V.V.A.A., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

a su particular interés. El presente fallo ha servido de fundamento para muchos otros vinculados con la interpretación de la normativa constitucional colombiana, que ha incorporado expresamente en su art. 246 que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Quizás como un tardío homenaje, tomaremos como guía la tesis centrales sostenidas por Enrique Marí en "Moi, Pierre Rivière..."<sup>8</sup>, para constatar que, efectivamente, en el discurso jurídico no hay homogeneidad ni uniformidad semántica. A lo largo de estas páginas trataremos de demostrar como se verifica el desarrollo de un proceso no continuo en el que lo implícito actúa como condicionante significativo del "producto final".

De los múltiples tópicos que podrían ser analizados, hemos privilegiado los siguientes: la distribución de la palabra, la interpelación y constitución del "aborigen" a partir del saber antropológico, la ficción del consenso intercultural y las ficciones tras el principio de legalidad.

### **Las reglas de formación del discurso jurídico**

Siguiendo la línea propuesta por Ricardo Entelman<sup>9</sup>, consideraremos que las reglas básicas de producción del discurso jurídico son reglas de designación. Vale decir, que estas individualizan a aquellos quienes están en condiciones de "decirlo". A la luz de tales consideraciones analicemos los siguientes párrafos:

---

<sup>8</sup>MARI, Enrique, *Moi Pierre Rivière y el mito de la uniformidad semántica de las ciencias jurídicas y sociales* en V.V.A.A., *El discurso jurídico. Perspectiva psicoanalítica y otros abordajes epistemológicos*, Hachette, Buenos Aires, 1982.

<sup>9</sup> ENTELMAN, Ricardo, *Discurso normativo y organización del poder* en V.V.A.A., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991

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

*"El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional."*

De una primera lectura, formalista si se quiere, podríamos extraer que a partir de la reforma constitucional, se ha ampliado, democráticamente, el espectro de los "habilitados" a producir este discurso. Es más, el reconocimiento de la existencia de autoridades judiciales, normas y procedimientos propios, recepta los reclamos políticos y teóricos de todos aquellos que propugnan visiones "alternativas" de la juridicidad.

Ahora bien, es la propia Corte Constitucional la que desde el lugar privilegiado que le otorgan esas mismas reglas de distribución, se encarga de delimitar claramente el alcance de la norma. Y la operación que realiza, reproduce la racionalidad remanente de la filosofía liberal que subyace a pesar de los "retoques" constitucionales.

¿Bastan algunos tratos de la sentencia, en que se destaca la complejidad de esta problemática y la necesidad del respetar el pluralismo consagrado en la Constitución, para negarlo? Veamos:

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

Es la excepción la que confirma la regla. Establecer que "esta norma" presenta al intérprete dos dificultades, generalidad y naturaleza conflictiva, equivale a decir que hay normas que no presentan estas características. Significa reforzar la idea del juez como "boca de la ley", que en su cotidianeidad, se limita a "aplicar el derecho" y sólo en los "casos difíciles", realiza una actividad creadora y constitutiva de sentido.

Es más, no debemos perder de vista, que desde las primeras páginas, se trata de construir una suerte de silogismo deductivo y lineal, que responde el modelo "jupiterino" de juez y de derecho<sup>10</sup>, como si a partir de la subsunción del caso concreto a dos preguntas clave, sólo restara una operación "cuasi-matemática"

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

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

---

<sup>10</sup> Cfr. OST, Françoise, op. cit.

### **La construcción del "indígena"**

Subyacente al modo en que la Corte responde a estas preguntas, se encuentra la propia construcción del "aborigen", en torno al cual giran las repuestas. Es Alicia Ruiz quien con gran lucidez desarrolla la tesis de que "todo derecho consagra un cierto humanismo".<sup>11</sup>

En este caso, a diferencia del clásico modelo liberal en que la doble interpelación es al hombre y al ciudadano, frente al "blanco" se construye la idea de "indígena".

Desde la identificación del actor, o la narración de los hechos, podemos observar la referencia -casi reiterativa- a esta cualidad:

*Interpone la tutela el indígena embera-chamí Ovidio González Wasorna "...*

*En el mes de septiembre de 1994, el actor y otro indígena de la misma comunidad ...*

Mucho más interesante es, sin embargo, el momento en que el magistrado acude al auxilio de las disciplinas antropológicas, para dar un soporte "científico" a la caracterización:

*De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una "etnia" deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:...*

Esta aparición del discurso antropológico, cumple la función de legitimar desde la "ciencia" la racionalidad del dispositivo jurídico que -tal como afirma Alicia Ruiz- no implica en realidad el reconocimiento o desconocimiento de cualidades naturales preexistentes.

---

<sup>11</sup> RUIZ, Alicia, *Aspectos ideológicos del discurso jurídico* en V.V.A.A., *Materiales para una teoría crítica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991

Un párrafo aparte merece el fragmento de la sentencia en que se delimita el campo de aplicación de la normativa indígena:

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

Aquí, queda "blanqueada" la dicotomía blanco/indígena. Desde ya que a partir de esta enunciación a ningún "civilizado" le correrá por sus venas el temor de ser juzgado por los "aborígenes" si viola su normativa en su propio territorio. Se explicita, por lo implícito, que el reconocimiento del pluralismo sólo es unilateral. Si un "indígena" violara el derecho de los blancos, se aplicaría el derecho oficial, pero jamás a la inversa.<sup>12</sup>

Pero no es ésta, la única instancia en que se entrecruza el discurso antropológico con el jurídico. Así como en el "expediente Rivière" cumplía un rol central el discurso de la psiquiatría, amalgamándose en diversos tratos con la contrucción de la sentencia judicial, acontece otro tanto con la antropología en el caso sub examine.

*De acuerdo con el estudio realizado por los antropólogos Carlos Cesar Perafán y Luis José Azcárate sobre el sistema jurídico de la comunidad*

---

<sup>12</sup> Sin lugar a dudas, el supuesto del "indígena y el negro" merecería un análisis pormenorizado que excede el marco de este trabajo. Pero no podemos dejar, al menos de mencionar, que también opera allí, sin dudas, un desplazamiento referencial.

*indígena a la que el actor pertenece, éste se caracteriza por lo siguiente (sólo se hará mención de los aspectos relevantes para la decisión del caso concreto)...*

A partir de esta introducción -siempre apuntando a la solución del silogismo que representa "el caso concreto"- se desarrollan una serie de precisiones "científicas" que van a resultar determinantes para el resultado del juicio. Se trata del mismo tipo proceso observado por Alessandra Facchi en su análisis de casos de "excisión" llevados ante los tribunales franceses<sup>13</sup>. Destaca la investigadora de Bologna, la progresiva importancia de los actores no juristas en los procesos que a través del juzgamiento de ciertas prácticas específicas, culminan convirtiéndose en juicios a una cultura.

### **El consenso intercultural**

Una vez planteadas las preguntas cruciales y constituida la identidad del indígena y su cultura a través de los procesos señalados, arremete el Tribunal con su tarea de identificar los límites impuestos por la Constitución a las facultades jurisdiccionales autónomas de las comunidades aborígenes.

*A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de **un verdadero consenso intercultural**. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados*

---

<sup>13</sup> FACCHI, Alessandra, *La excisión : un caso judicial*, en J. Contreras (ed.), *Los retos de la inmigración*, Talasa, Madrid, 1994

*de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.*

Así como Marí reconoce el papel de ficción fundadora que le cupo al modelo contractualista de legitimación del poder estatal<sup>14</sup>, otro tanto podemos afirmar en relación con el "verdadero consenso multicultural" a que se refiere la Corte Constitucional. El lugar del mito se desplaza, viendo ahora en los tratados internacionales de derechos humanos esa fuente suprema de irradiación de justicia

Imitando el estilo deductivo que criticábamos unos renglones más arriba, podríamos atrevernos a develar el "juego lógico" implícito en el párrafo citado: Si el "núcleo duro" de los tratados internacionales representa un consenso multicultural, y si los Estados son quienes acuerdan tales convenios, *ergo* los Estados representan y defienden los intereses y valores de las diferentes culturas. Se oculta, de este modo, que al interior de los propios Estados, perviven conflictos interculturales no resueltos ni contemplados "oficialmente" a la hora de participar.

Ahora bien, es en este punto donde se patentiza uno de los grandes discursos ausentes que condicionan la decisión final: el conflicto armado. Como puede apreciarse, un tracto importante de la sentencia es dedicado a identificar los instrumentos internacionales que regulan la vigencia de los derechos humanos durante situaciones de conflicto bélico, tanto externo como interno:

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

*1. En situaciones excepcionales (...) los Estados partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente*

---

<sup>14</sup> MARI, Enrique, *Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden*, en *Papeles de filosofía (para arrojar al alba)*, Biblos, Buenos Aires, 1993.

*limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto (...)*

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

***1. En caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio (...)***

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

***1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, (...) suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...)***

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

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

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

***En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las***

*Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes: (...)*

Como todos sabemos, Colombia vive desde hace largos años un conflicto armado interno de intensa magnitud. El monopolio del uso de la fuerza por parte del Estado no es más que una ficción, toda vez que el territorio colombiano se encuentra "gobernado", de un modo complejo y multidimensional, por las FARC, los grupos paramilitares y el narcotráfico. Ello resignifica el sentido tanto de la reafirmación de los derechos considerados "intangibles", como también de los que pueden ser suspendidos.

No debemos perder de vista que esta problemática, ya había sido adelantada, casi al pasar, cuando expresamente se admitían limitaciones al principio de diversidad étnica cuando *se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna)*.

Permítasenos dos reflexiones más al respecto. Por una parte, queda claro que el "sistema jurídico oficial" puede darse el lujo de fortalecer su imagen de compromiso con el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y la esclavitud, olvidando que los mismos son violados día a día sin que el Estado esté en condiciones de brindarles efectiva protección.

En segundo lugar, al sostener que son éstos los únicos derechos intangibles, dejan abierto el campo para la inoperatividad o inexigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya violación queda legitimada.

### **Las ficciones tras el principio de legalidad**

No menos relevante resulta el hecho de que luego de esta serie de argumentos que podría hacer suponer una resolución confirmatoria de las atribuciones jurisdiccionales indígenas, "como de la nada" se agregue a este núcleo duro el principio de legalidad del delito y de la pena. Y será este último, el motivo central por el cual la sentencia terminará impugnando la decisión de la comunidad.

*A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas.<sup>15</sup>*

¿Cómo determinar, entonces, cuales eran las normas de la comunidad vigentes con anterioridad al hecho del proceso? Recurriendo nuevamente al informe antropológico, desde el que se construye una suerte de Código Penal emberá-chamí:

*-Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho...*

Nuevamente sólo rescataremos algunos de los múltiples señalamientos que podrían hacerse frente al razonamiento del tribunal. Ante todo, que el "producto final" sentencia, sólo recorta los tramos del discurso

---

<sup>15</sup> Quizás sea menos falaz el argumento marcadamente iusnaturalista presente en la "aclaración del voto" de uno de los magistrados quien, para incorporar a este "núcleo duro" el derecho de defensa, abiertamente afirma que " *constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre*".

antropológico que hacen a sus propósitos. Así, se deja de lado lo referente al fundamento y papel de la pena al interior de la comunidad que debilitaría la posibilidad de "exportar" un principio netamente "occidental".

En segundo lugar resulta interesante analizar como juegan en forma paralela el principio de legalidad y la ficción de que el derecho es conocido por todos.<sup>16</sup> Sólo es posible justificar éticamente la exigencia de preexistencia de la norma a aplicar si consideramos que el "justiciable" pudo haber tenido acceso a la norma violada. Como puede apreciarse en el siguiente párrafo, pareciera que la escritura y la taxatividad de la ley, fueran mecanismos suficientes para una efectiva comprensión del derecho.

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

### **Reflexiones finales**

Hemos intentado verificar, en estas breves páginas, como el fenómeno del pluralismo, no puede darse por resuelto con el mero reconocimiento formal, en los estratos más altos del ordenamiento, de la existencia y aplicabilidad del derecho indígena.

---

<sup>16</sup> Para un detenido análisis de este tema en particular, ver CARCOVA, Carlos M. , *La opacidad del derecho*, op. cit. Sobre el papel de las ficciones en el derecho ver MARÍ, ENRIQUE, *La teoría de las ficciones en Jeremy Bentham*, en *Derecho y psicoanálisis. Teoría de las ficciones y función dogmática*, Buenos Aires, Hachette, 1987.

Tampoco significa menospreciar, en modo alguno, las posibilidades que este mismo reconocimiento, abre para la radicalización de espacios de democratización en nuestras sociedades, en una tarea que es a la vez, teórica y política.

El caso de Ovidio González Wasorna, al igual que el affaire Rivière, es una nueva muestra de cómo las ficciones, los silencios, los discursos ausentes, los mitos y rituales, juegan un papel central en el entramado y constitución del dispositivo representado por el discurso jurídico.

Frente a este panorama, no cabe otra conclusión que reconocer la imperiosa necesidad de un replanteo profundo de las bases epistemológicas, las herramientas conceptuales y los marcos teóricos propios de la razón jurídica moderna, con el objeto de configurar un nuevo sentido común ético, jurídico y político apto para enfrentar los desafíos de un mundo que poco tiene que ver con el de los padres de la Ilustración.

**ANEXO**

1. Expediente T-83456

**Actor:** Ovidio González Wasorna

**Demandado:** Asamblea General de Cabildos Indígenas región -Chamí y Cabildo

Mayor Único (CRIR)

**Remitido por:** Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató

**Magistrado Ponente:** Dr. CARLOS GAVIRIA DÍAZ

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

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

EN NOMBRE DEL PUEBLO  
Y  
POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

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

I. ANTECEDENTES

Interpone la tutela el indígena embera-chamí Ovidio González Wasorna en contra la Asamblea General de Cabildos en Pleno de la comunidad a la que pertenece y del Cabildo Mayor Único de Risaralda, por vulneración de sus

derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad física, consagrados en los artículos 29, 11 y 12 de la Constitución Política. Intenta a través de este mecanismo judicial que se le permita regresar a su comunidad (en el momento de interponer la tutela se encontraba recluso en la cárcel distrital de Pereira) pues "es viudo y tiene dos hijos de siete y dos años que están con [su] segunda esposa que es muy joven" (fl. 7)

## 1. HECHOS

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

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

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

El 14 de enero de 1995, el Cabildo Mayor Único de Risaralda, notificó a la cárcel del distrito judicial de Pereira, donde el actor se encontraba recluso,

que éste había sido condenado a "8 años de cárcel" en reunión de los Cabildos locales celebrada en Cicuepa los días 2 y 3 de diciembre (fl. 11).

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

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

En efecto, según la declaración del gobernador del CRIR, José Manuel Sucre Guasirucama, que obra en el expediente, cuando el actor fue dirigente en 1991, "(...) tuvo lesión personal allá irrespetando que él fue autoridad indígena(...) de resto, el incumplió mucho en directiva, no hacía el trabajo y mantenía tomando trago y creándose problemas." (Fl. 118)

Adicionalmente, afirma que "Juzgar por muchos puntos, primero maltrato de la mujer, la primera mujer de él dicen que se murió por el maltrato de él, y segundo por haber sido dirigente y asesinar compañero y porque antes de

haber sido dirigente ayudó a matar a otro compañero, eso ya es irrespeto en la comunidad." (fl. 118)

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

2. SENTENCIA DEL JUZGADO ÚNICO PROMISCOU MUNICIPAL DE MISTRATÓ (RISARALDA)

3.

Correspondió al Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató conocer de la demanda de tutela interpuesta por el señor Ovidio González Wasorna. Este juzgado concedió la tutela al actor, y dispuso dejar sin efectos las decisiones de la comunidad indígena en su contra, ordenando al cabildo demandado suministrar toda la información a su alcance a la Fiscalía 24 de Belén de Umbría, con el fin de que ésta reanudara la investigación correspondiente.

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

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

b. De acuerdo con la declaración del gobernador del Cabildo, éste es el primer caso de homicidio que la comunidad resuelve, por lo que se concluye que "no hubo (...) ninguna costumbre, ningún uso, que permitiera aplicarse en

razón de su constancia, y permanencia, y en acierto de la sabiduría de los conocimientos de esta organización étnica."

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

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

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

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

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

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

-El actor fue juzgado dos veces por el mismo hecho. Si por otra parte, la segunda providencia se entiende como resultado de la operación del principio de la doble instancia, entonces, se le violó al actor el derecho a la no reformatio in pejus, puesto que la sanción originalmente impuesta fue agravada considerablemente.

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

Con posterioridad al fallo de tutela, al actor se le concedió el beneficio de la libertad provisional, en virtud de la tardanza de la fiscalía encargada en

dictar la resolución de acusación. Actualmente, se encuentra en libertad, a pesar de existir en su contra una orden de captura.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. COMPETENCIA

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

### 2. CONSIDERACIONES DE FONDO

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

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

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

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

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

Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); 70 (igualdad entre las culturas); 171 y 176 (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); 246 (jurisdicción especial indígena); y 286

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

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

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

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

Igualmente en la sentencia C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), el principio que obliga el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, sirvió como fundamento para declarar la constitucionalidad de una norma del ordenamiento. Se trataba en este caso de aquella que exime de la

prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios. La Corte afirmó que no se viola el derecho a la igualdad al otorgar un tratamiento diferente a los indígenas, puesto que la distinción se basa en las particularidades del entorno cultural en el que se desarrollan sus vidas y en el que adquieren su identidad. Se enfatizó en el hecho de que el beneficio es sólo para quienes viven con su comunidad en sus territorios, puesto que el propósito esencial de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad y no otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una etnia.

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

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

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

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

condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

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

La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de "cultura". Este término hace relación básicamente al "conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana."2 En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos. 3

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

Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las

comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

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

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

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

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

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

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

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

"El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional." 5

Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el

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

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

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

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo. Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben

ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.

A juicio de la Sala, este núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. 6 En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles 7 que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

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

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

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

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

artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...).

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

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, (...) suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...) 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos (...) 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre) (...)

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

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

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

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes: (...) A tal efecto quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba mencionadas [civiles y militares heridos o que

hayan depuesto las armas]: a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios; (...) c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; (...)

A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.

Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte.

Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que

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

#### 2.4. El caso concreto

##### 2.4.1. La comunidad embera-chamí

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

-Existe una clara diferenciación entre un orden humano y un orden mágico religioso. En el primer caso, se trata de normas creadas por los hombres que implican ya sea arreglos o sanciones, derivados de la operación de procedimientos que siguen un sistema segmentario, de compensación o centralizado, según la naturaleza de la conducta realizada o de los intereses en conflicto. En el segundo caso, por el contrario, lo que se persigue es el "control de las fuerzas de la naturaleza"; "entendida esta naturaleza dentro de la cosmovisión embera-chamí, que incluye los sustratos de los tres mundos y de los espíritus que los habitan y que se realiza a través de la práctica del jaibanismo y de la ritualidad". 9

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

(...)" . 10

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

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

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

El sistema segmentario involucra un acuerdo entre los patrilinajes del ofensor y de la víctima en cuanto a la sanción que deberá purgar el autor de la conducta. 11 El sistema de compensación es aquel en el que la sanción consiste en el pago de una suma de dinero. 12 Finalmente, el sistema

centralizado opera a través de las reuniones veredales o generales ('reuniones de todos'). 13

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

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

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

"En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. (...) En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto -12 o 24 horas-, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo -nocturno- que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro." 18

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

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

- Dentro del estudio se anota además que desde la creación del Cabildo

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

#### 2.4.2. Adecuación del proceso adelantado contra el actor

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

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

##### 2.4.2.1. El derecho a la vida

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

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

Preguntado al respecto, el gobernador del cabildo mayor afirmó que "El

compañero de pronto le dio miedo la misma mujer venía a traerle la comida y le hicieron dar miedo". (fls. 131 y 132) Aseveró, además, que no conoce ninguna razón que justificara una acción de venganza contra el actor, por el contrario, "él es el que molesta a la gente amenazado y todo". (fl. 132)

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

#### 2.4.2.2. El derecho a la integridad personal

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

Ahora bien, el actor alega que el castigo del cepo, que es el vigente en la comunidad para la infracción por él cometida, constituye un "trato cruel e inhumano". Sin embargo, se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado.<sup>25</sup> Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad.<sup>26</sup>

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

de la práctica.

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

#### 2.4.2.3. Legalidad del procedimiento

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

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

costumbres.

Lo que se encuentra en este caso es, pues, que la comunidad ejerció las facultades jurisdiccionales que le atribuye la Constitución siguiendo estrictamente el procedimiento establecido en su ordenamiento jurídico.

Aunque parecería extraña a la mentalidad de los embera-chamí una noción como la de "debido proceso", es pertinente aludir a ella en el caso sub-lite, pues consta en el estudio antropológico, que obra en el proceso, que la comunidad repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura a la arbitrariedad, y es ésta la finalidad que persigue el debido proceso. Naturalmente, dentro del respeto a su cultura, dicha noción hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta.

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

liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales.

#### 2.4.2.4. Legalidad del delito y de la pena

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

Aunque el fenómeno de la tipicidad no se da aquí tal como lo entendemos nosotros, pues no existe una ley escrita y estricta, si se verifica una interiorización de la prohibición. Lo que puede predicarse con mayor seguridad en este caso porque ésta es la forma de homicidio más frecuente dentro de la comunidad.<sup>28</sup>

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

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

Entonces, lo que era previsible para el actor era que se le impusiera una

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

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

#### 2.4.3. Conclusiones

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

tanto, incuestionable en sus determinaciones.

Para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria.

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

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

**RESUELVE:**

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

Segundo: **REVOCAR** el numeral segundo del mencionado fallo.

Tercero: **DEJAR SIN EFECTOS** la decisión tomada por la Asamblea General de Cabildos el 15 de febrero de 1995.

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

