

Diversidad étnica y cultural versus jurisdicción indígena

Ethnical and cultural diversity in front of indigenous jurisdiction

Cindy Nathaly Amaya Moreno*

Resumen

Dentro del ámbito del Estado social de derecho, la jurisdicción indígena ha adoptado diferentes medidas de sanción para sus integrantes, consistentes, entre otras, en castigos físicos. En muchas ocasiones esas acciones han estado en conflicto con el ordenamiento constitucional, especialmente con los derechos fundamentales, e igualmente con normas de carácter internacional; de ahí la importancia del análisis de la autonomía de los pueblos indígenas a la luz de la dignidad de la persona.

Palabras clave

Derechos fundamentales, jurisdicción indígena, principio de diversidad étnica y cultural, Estado social de derecho.

* Estudiante de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Abstract

In the ambit of the Social State of Law, the indigenous jurisdiction has adopted different measures of penalty for its members, which consist, besides other forms, in physical penalties. In many occasions those actions have been in conflict with the Constitution of Colombia, especially with the fundamental rights, and likewise with norms of international character; hence the importance of the analysis of the autonomy of the indigenous people in the light of the human dignity.

Key words

Fundamental rights, indigenous jurisdiction, principle of ethnical and cultural diversity, social state of law.

Objetivo principal

Analizar el alcance que tiene el principio de diversidad étnica y cultural, y la autonomía que en virtud de este principio se ha dado a los pueblos indígenas para castigar e imponer sanciones a sus integrantes dentro de su jurisdicción.

Objetivos específicos

- Estudiar los contenidos de la Constitución Política referentes a la diversidad étnica y cultural.
- Indagar acerca del principio de diversidad étnica y cultural frente a otros principios constitucionales.
- Averiguar si este principio tiene restricciones y si se aplican en la práctica.
- Investigar la normatividad internacional respecto de la tortura y los castigos físicos.

Introducción

En nuestro país han surgido controversias acerca de la jurisdicción indígena, los derechos de sus integrantes y la relación de estos con los preceptos señalados por la Constitución de 1991.

La Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una doctrina audaz y sumamente interesante acerca de los derechos de los indígenas. Considerando que la supervivencia de

las culturas aborígenes depende de las garantías para su autogobierno, la Corte ha dictado una jurisprudencia con la cual se busca maximizar la autonomía de estos pueblos.

Teniendo en cuenta lo anterior, este ensayo va a concentrarse en algunas jurisprudencias de la Corte Constitucional para conocer lo que ella ha garantizado a las comunidades indígenas colombianas. Uno de los asuntos más discutidos en cuanto a los derechos de los indígenas es la relación entre derechos colectivos y derechos individuales y humanos. Para los propósitos de este estudio tiene mayor relevancia lo referente a la protección de los derechos individuales y humanos, y la manera como son aplicados por la jurisdicción indígena, ya que, como es sabido, dentro de esta jurisdicción están permitidos los castigos físicos: “...se castiga *porque* se cometió un delito... se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro”¹.

No obstante, para el Estado colombiano, como lo contiene el artículo 12 de la Constitución Política: “Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”. Entonces, ¿se justifican dentro de la jurisdicción indígena los castigos físicos en aras de proteger la cultura de estos pueblos?, ¿no puede, de

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-523/97. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

alguna manera, el Estado intervenir para mitigar estas penas impuestas a los indígenas que cometan delitos dentro de la jurisdicción? Estos son interrogantes que deben resolverse de acuerdo con los tratados internacionales, la Constitución Política y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Hay un caso que fue estudiado por la Corte mediante sentencia T-523/97, el cual, dada su importancia, merece relatarse aquí.

“1. Hechos

- El 19 de agosto de 1996 fue asesinado Marden Arnulfo Betancur [...].

- Dos días después, los gobernadores de los cabildos indígenas de la zona del Norte del Cauca acordaron asumir la responsabilidad de “investigar y sancionar a los responsables de este asesinato”, (fl.56). El primer paso fue ordenar la aprehensión 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 [...]

- En el curso de la investigación, la comisión recibió el testimonio de Francisco Gembuel (fl 59) y la ampliación de su indagatoria (fl 87 y ss); recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad que afirmaban haber visto al sindicado hablando con la guerrilla. Asimismo, respondió la petición que elevó el demandante, en la cual solicitaba ser defendido por un abogado, indicando

que podía contar con un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro permanente de la comunidad indígena de Jambaló y conociera sus usos y costumbres (fl 86). De todas las actuaciones se dejaron constancias por escrito.

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

- Un día después, el actor interpuso acción de tutela contra el Gobernador del Cabildo de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del 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, toda vez que este grupo citó a la asamblea para rendir su informe, con anterioridad a la publicación del comunicado. Sostiene además, que se violó su derecho al debido proceso, en primer lugar, porque las pruebas obtenidas se mantuvieron en secreto y fue imposible controvertirlas; en segundo lugar, porque las personas que realizaron la investigación eran sus adversarios políticos, circunstancia que hace presumir una decisión arbitraria y, en tercer lugar, porque la comunidad indígena no debería ser quien juzgare

su conducta porque, en su opinión, “*no existe tradición ni uso o costumbre relacionada con el juzgamiento del delito de homicidio, puesto que siempre su trámite ha correspondido a la justicia ordinaria*”.

- 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 ella se leyeron las actas de la investigación y se permitió a los sindicados rendir sus descargos. Francisco Gembuel, por su parte, no quiso controvertir lo afirmado por los testigos, y simplemente manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa y que tan sólo acataría lo que se dispusiera en ese proceso (fl.145).

- Finalmente, y después de reunirse para deliberar, la plenaria de la asamblea decidió que el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: *60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión, y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios* (fl 157). Al momento de proceder a la ejecución de la pena del fute, los familiares de Francisco Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al Gobernador de Jambaló a suspender la ejecución de la sanción y posponerla para el 10 de enero de 1997².

La tutela fue concedida al actor en primera y en segunda instancia, porque aunque la jurisdicción indígena

era competente, se consideró que se le había violado el derecho de defensa, y que las sanciones impuestas ponían en peligro la vida e integridad de Francisco Gembuel, además se dijo que el procedimiento fue irregular porque: 1) el actor no tuvo la oportunidad de conocer ni contradecir las pruebas; 2) no pudo ser defendido por un abogado; 3) las personas que las autoridades indígenas aceptaron como defensores eran contradictores políticos del actor, circunstancia que le restó a la investigación su imparcialidad y 4) se le condenó a una sanción, el fute, que así no deje secuelas físicas, es una medida que atenta contra la dignidad humana.

En lo que sigue de la sentencia, la Corte procede a analizar y solucionar el caso, sin embargo más adelante se conocerá lo que la Corte dijo al respecto, ya que antes estudiaré otros factores que considero nos pueden ayudar a tener claridad acerca de cómo debiera resolverse el conflicto.

El Estado social de derecho

Constitución Política. Artículo 1. “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad Humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sent. Cit.

El Estado social es un sistema dirigido a fortalecer servicios y garantizar derechos considerados esenciales para mantener el nivel de vida necesario para participar como miembro pleno en la sociedad. El Estado social de derecho es de tipo democrático, caracterizado por el reconocimiento de derechos de índole individual y colectiva (económicos, sociales, culturales), con la protección de la propiedad privada, pero sin desconocer su función social, con una importante facultad de intervención del Estado.

Cuando se habla de Estado de derecho, se habla del gobierno de las leyes. Es decir que actúa bajo las normas de ese Estado. El Estado de derecho se sujeta a la propia normatividad que emite, y las autoridades y gobernantes también se someten a esas mismas normas. En otras palabras, el Estado se supedita al Derecho.

El concepto social se refiere a los intereses colectivos. El Estado social es democrático y pluralista, conforme se establece en la Constitución Política de 1991, y debe guiarse por los siguientes principios:

- Igualdad y libertad: como derechos fundamentales que el Estado debe defender.
- Estado como gestor: de manera intervencionista más no controladora.
- Velar por los derechos sociales:

garantizando la protección de los más desfavorecidos. Entre estos derechos tenemos la educación, la vivienda digna, la salud, la seguridad social, la asistencia sanitaria, el acceso a los recursos culturales, entre otros. Un Estado social de derecho debe garantizar estos derechos sociales mediante su reconocimiento en la legislación.

- Principio democrático: respetando los principios de las democracias liberales.

Bajo estas premisas, un Estado social de derecho debe asegurar la integración de las clases menos favorecidas, evitar la exclusión, la marginación y la desigualdad.

Teniendo en cuenta lo anterior, “la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional”³. De manera que la jurisdicción indígena, dentro de todo su proceder, deberá estar sujeta a los preceptos constitucionales. Sin embargo y como se señaló en la parte inicial del ensayo al hacer referencia al caso concreto de la sentencia T-523/95, se ve claramente cuál fue la

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

sanción impuesta al actor por parte de su comunidad, aquí surge entonces otro interrogante: ¿la sanción impuesta contraría lo estipulado por el artículo 1° de la Constitución Política, cuando se refiere al “respeto de la dignidad humana”? Si partimos de que el Estado social de derecho debe propender por la persona, ¿no sería exagerada la sanción impuesta por la comunidad indígena a Francisco Gembuel?

Derechos fundamentales

Son los derechos inherentes a la persona humana, los cuales, por cierto, se han constituido quizás en la figura más importante de las Constituciones contemporáneas. Colombia acogió estos derechos en la Constitución de 1991. Usualmente se les ha identificado con los derechos individuales, sin embargo en nuestro país la Corte Constitucional ha aceptado como derechos fundamentales ciertos derechos sociales, pertenecientes a la llamada segunda generación, que son necesarios para que la persona humana cuente con una vida digna.

Para el caso en cuestión, considero que la comunidad indígena está pasando por alto este derecho al pretender azotar a Francisco Gembuel, ya que en Colombia se supone que no debe haber tortura y desde mi perspectiva se está violando este precepto. Aunque la comunidad indígena tiene autonomía, esto no

significa que tenga absoluta discrecionalidad para interpretar los derechos consagrados en la Constitución, con fundamento en que la tortura debe ser legítima. Por lo tanto, ¿hasta dónde pueden los pueblos indígenas justificar acciones legítimas?

Principio de diversidad étnica y cultural versus vigencia de los derechos fundamentales

“Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y *hasta contrarios a los valores de una ética universal*”⁴. (Cursivas fuera de texto).

En mi opinión, no debe darse tal contradicción. La Constitución Política y su aplicación deben ser consecuentes; no refleja seriedad o seguridad jurídica el hecho de que se propaguen y difundan los derechos fundamentales, pero que por otro lado y en vista del principio de diversidad étnica y cultural se permita a las comunidades indígenas aplicar de manera relativa la Constitución. Aquí deben primar los

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

derechos fundamentales que tiene una persona sin distinción alguna, ni de raza, ni de género y mucho menos de jurisdicción.

La Constitución consagra el principio de diversidad étnica y cultural de una manera muy abierta, porque las comunidades indígenas tienen potestad para definir lo que pueden hacer dentro de su jurisdicción y cuando esto vaya en contra de uno de los demás principios consagrados constitucionalmente, lo justificarán con el argumento de que todo lo que se haga dentro de su jurisdicción es legítimo, por lo menos en lo que se refiere a castigos físicos.

Principio de diversidad étnica y cultural

La Constitución Política en su artículo séptimo consagra como uno de los fines esenciales del Estado el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

La Corte Constitucional ha dicho 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”⁵.

Por tratarse de un principio incorporado en una norma (lo que le confiere a esta 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.

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

La Corte Constitucional, en sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, se refirió al artículo 246 de la Constitución Política en los siguientes términos:

«El análisis de la norma muestra los cuatro elementos centrales de la

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-380/93. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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 dicha jurisdicción y normas a la Constitución y a la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional”⁶. (Cursivas fuera de texto).

Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, que se extiende no solo al ámbito jurisdiccional, sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de «normas y procedimientos», mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional”.

El aparte señalado, reitero, demuestra la gran dimensión que puede tener la jurisdicción indígena. Es un ámbito de movimiento muy amplio, prácticamente sin más límites que los que impone la Constitución, pero, como se mencionó anteriormente, lo que se busca es la maximización de la autonomía de estos pueblos, por lo tanto la contradicción impera mientras se considere de esta manera a la

jurisdicción indígena. Hay que ser consecuentes con el concepto de Estado social de derecho y con la mutación a la que está expuesta la sociedad y el derecho. Está claro que las comunidades aborígenes no tienen por qué modificar sus costumbres; no obstante, es importante que el Estado limite el ámbito de acción de estas y, además, principalmente proteja a los indígenas que ante todo son colombianos y por lo tanto merecen igual reconocimiento de sus derechos, como cualquier otra persona, pues el hecho de pertenecer a una comunidad indígena es una circunstancia que no quita la condición de ciudadano o de persona.

Carta Internacional de Derechos Humanos y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes

En la Carta Internacional de Derechos Humanos se consagra en su artículo 1º: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”. Más adelante, en el artículo 2º: “... no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa la persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Por otra parte, el artículo 8º menciona: “Toda

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-139/96. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.”

De acuerdo con lo anterior y si en Colombia no están permitidos los castigos físicos ¿no sería conveniente evitar el castigo impuesto a Francisco Gembuel? Porque, como lo menciona la Carta, no debe haber distinción de ninguna índole, ¿por qué entonces con fundamento en el principio de diversidad étnica se permitiría este acto? La Carta es aplicable a cualquier persona y los derechos allí consagrados deben primar sobre la autonomía de la jurisdicción indígena, ya que no por ello pueden desconocerse derechos individuales. Y según lo expresado por la misma Constitución, Francisco Gembuel tiene derecho a que el Estado colombiano y las autoridades protejan sus derechos que pueden ser puestos en peligro por los azotes ordenados por la comunidad indígena.

Por otra parte y en lo que se refiere a la Convención contra la Tortura y los Tratos o Penas Cruels, Inhumanas o Degradantes, hay un punto que merece destacarse aquí: “... No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”, (art. 1º).

¿Qué son sanciones legítimas? Otra vez aparece un concepto que da bastante

libertad para definir lo que es legítimo o no. La legitimidad es relativa, y ante esto, en la Convención prácticamente no habría armas para defender a Francisco Gembuel, porque la comunidad indígena podría manifestar que este acto es legítimo. Sin duda, es un desacierto la falta de precisión respecto de los casos en los que se aplica la tortura de manera legítima. Pero es que el mismo concepto es contradictorio. ¿Cuál es la tortura legítima? ¿De qué manera puede justificarse? La tortura, ya sea moral o física, es contraria a la legitimidad. ¿Acaso es legítimo hacer sentir un dolor a alguien para saldar un mal comportamiento? Eso contraría enormemente cualquier precepto consagrado nacional o internacionalmente.

Son bastantes los interrogantes planteados y deben ser resueltos de acuerdo con el criterio de cada persona. Sin embargo considero contradictorios muchos conceptos y reflexiones de la Corte frente a este aspecto. Hay conceptos que deben retomarse y modificarse.

La Corte, en su decisión, acepta la sanción impuesta a Francisco Gembuel, porque considera que es la jurisdicción indígena la que debe resolver este conflicto. De modo que no sirve de nada acudir a las autoridades del Estado, porque cuando se trata de la jurisdicción indígena, como en el caso puntual, prima la diversidad étnica y cultural sobre los derechos inherentes a la persona. Por lo tanto, la persona

queda a la deriva. Hay otras jurisprudencias que no aceptan las sanciones impuestas por las comunidades indígenas, por lo tanto considero que la Corte ha sido extremista al dar sus fallos respecto de estas comunidades, ya que, de cierta manera, no ha sabido ponderar los principios que se han enfrentado al principio de diversidad étnica y cultural.

En síntesis, con este ensayo se ha planteado un interrogante más que una conclusión.

Conclusiones

- El principio de diversidad étnica y

cultural no tiene un alcance restringido, debido a la manera como está consagrado y a la protección que la Corte Constitucional le ha dado en sus fallos, este principio prima sobre otros principios constitucionales.

- Los castigos o sanciones impuestos por la comunidad indígena a Francisco Gembuel contrarían principios constitucionales y normas de carácter internacional.
- Hay notable contradicción en lo que tiene que ver con la autonomía de los pueblos indígenas, ya que no hay precisión acerca de la tortura legítima.

