

Sentencia C-127/03

AUTORIDAD INDIGENA-Facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley

RECURSOS PUBLICOS-Manejo por servidores públicos

RECURSOS PUBLICOS-Manejo por particulares

RECURSOS PUBLICOS-Vigilancia y control del manejo de los dineros

RESGUARDO INDIGENA-Recursos serán administrados por el Municipio

RESGUARDO INDIGENA-Ejecución de los recursos a través de contratos celebrados entre la autoridad territorial y autoridad indígena

RESGUARDO INDIGENA-Administran directamente la transferencia cuando se erijan como entidades territoriales

INDIGENA-No vulnera la Constitución el que sean destinatarios de la ley disciplinaria cuando administren recursos del Estado

REGIMEN DISCIPLINARIO-Unicamente se aplica a los particulares cuando éstos cumplen funciones públicas

AUTORIDAD INDIGENA-Deber del Estado de capacitarlos como sujetos disciplinables

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Implica el otorgamiento de funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada

DESCENTRALIZACION POR SERVICIOS-Concepto

La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las

unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, estas entidades aún cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

ENTIDAD DESCENTRALIZADA-Se rigen por el derecho público o privado, según naturaleza de la actividad que desarrollen

CONSTITUCION POLITICA-Faculta al legislador para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos

LEGISLADOR-Facultad de establecer cuando los trabajadores de entidades descentralizadas pueden ser considerados como empleados públicos

DERECHO A LA IGUALDAD-No vulneración al ser función del legislador establecer las categorías de servidores públicos

Referencia: expediente D-4099 y 4116

Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 2 y 3 del artículo 25 de la ley 734 de febrero 5 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”.

Demandantes: Jaime Hernández Copete y Sonia Esther Rodríguez Noriega.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil tres (2003).

I. ANTECEDENTES.

Los ciudadanos Sonia Esther Rodríguez Noriega y Jaime Hernández Copete, en uso del derecho consagrado en los artículos 40, numeral 6, y 241, numeral 4, de la Constitución, presentaron ante esta Corporación demanda de inconstitucionalidad, en contra del inciso segundo y tercero de la ley 734 de 2002.

Cumplidos los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991 y recibido el concepto del señor Procurador General de la Nación, entra la Corte a decidir.

A. Norma demandada.

El siguiente es el texto de la norma demandada, con la advertencia de que se subraya lo acusado.

“Ley 734 de 2002

(5 de febrero)

Por la cual se expide el Código Único Disciplinario

Artículo 25.- Destinatarios de la ley disciplinaria.- Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este Código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.

Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen u organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.”

A. Las demandas.

Expediente D-4099.

En concepto de la demandantes Sonia Esther Rodríguez Noriega, los apartes acusados

desconocen el principio a la igualdad, por cuanto señala como sujetos disciplinables únicamente a los gerentes de las cooperativas, de las fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, excluyendo a otros funcionarios de las mismas que también tendrían la calidad de servidores públicos y podrían estar en capacidad de incurrir en faltas disciplinarias en el ejercicio de su cargo.

Expediente D-4116.

El ciudadano Jaime Hernández Copete, considera que la expresión “los indígenas que administren recursos del Estado” viola normas de carácter constitucional y en particular los artículos 1 y 246 por cuanto el precepto que se acusa permite que los integrantes de comunidades indígenas sean juzgados de conformidad con el Código Disciplinario Único, a pesar del reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y la autonomía existente para los grupos étnicos.

C. Intervención ciudadana.

En el término constitucional establecido para intervenir en la defensa o impugnación de la norma acusada, presentó escrito la ciudadana Doris Pinzón Amado, designada de la Auditoría General de la República.

1. Expediente D-4116.

El relación con el texto acusado en este proceso, el interviniente manifestó que los cargos formulados por el actor se dirigen a cuestionar el presunto desconocimiento del derecho reconocido constitucionalmente a los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados por una jurisdicción especial, como una faceta de la diversidad étnica y cultural reconocidos en nuestra Constitución.

Después de realizar un análisis de los principios establecidos en la Constitución, así como de la jurisprudencia constitucional proferida sobre la materia, señaló que no en todos los eventos en que una persona incurre en una conducta socialmente reprochable, la jurisdicción indígena es la competente para analizar y sancionar el comportamiento asumido por ese miembro del grupo, pues existen ocasiones en que la conducta asumida por el indígena

podrá ser investigada y reprimida por las autoridades ordinarias del país, tal es el caso de quienes se han integrado social y culturalmente al resto de la sociedad, y por tanto se encuentran en capacidad de comprender el carácter prohibitivo de su conducta.

La ley 734 de 2002, establece que será sujeto disciplinable, de conformidad con lo establecido en el Código Disciplinario Único, el indígena que administre recursos del Estado.

En la actualidad, la administración de los recursos reconocidos a favor de las comunidades constituidas como resguardos, son administradas por los municipios en cuya jurisdicción éstos se encuentren asentados, lo que significa, que son los alcaldes municipales quienes tiene a su cargo las facultades de ordenación, disposición y organización de estos recursos y no, los miembros de las comunidades indígenas. Por tanto, respecto de recursos provenientes del presupuesto no son sujetos disciplinables en calidad de servidores públicos, ni de particulares que administren recursos del Estado.

Es claro que el supuesto del cual parte la norma acusada no es aplicable a los miembros de las comunidades indígenas que actualmente son beneficiarios de actividades financieras con recursos del presupuesto destinados a atender sus necesidades, toda vez que la administración de tales recursos se encuentra radicada en el respectivo Alcalde y no, en miembros de la comunidad.

Distinta es la situación del indígena que en virtud de cualquier otra relación que pueda surgir entre él y el Estado, administra recursos propios, pues allí su condición de particular y persona responsable del manejo del erario, lo convierte en sujeto pasivo de la acción disciplinaria, siempre que quien desarrolle la actividad se encuentre integrado a la sociedad occidental, de tal suerte que esté en capacidad de comprender el carácter prohibitivo de su comportamiento dentro de la lógica occidental.

En consecuencia, “con el resurgimiento de lo étnico muchas comunidades han entrado en un proceso de readquisición de su entidad, la cual se hallaba sojuzgada. Estas reflexiones generan necesarios dilemas en la aplicación disciplinaria. Por tanto, se considera que sólo cuando se ha dado la integración, no obstante considerar lo indígena, es posible derivar tal responsabilidad y siempre que el legislador establezca un marco normativo mínimo para la

administración y ejecución de los recursos que manejen, pues no se puede pretender que tal uso se sujete a las estrictas reglas que se establecen a los servidores públicos, a quienes la ley les exige conocimiento en la materia y experiencia para ocupar los cargos, no predicables ni exigibles en los mismos términos de las autoridades indígenas, en los eventos en que tengan a su cargo dicho manejo”.

Por consiguiente, solicita la exequibilidad de la expresión demandada, bajo el entendido de que la Procuraduría sólo será competente para sancionar a aquellos indígenas que administren recursos del Estado que estén integrados a la sociedad occidental, de acuerdo con el marco normativo mínimo que establezca el legislador para la administración y ejecución de los recursos que generen y que les sean transferidos por el orden nacional.

2. Expediente No. 4099

Para la interviniente debe esta Corte en este proceso, analizar si dentro de la categoría de servidores públicos se deben entender incluidos o no, los trabajadores que sin tener la calidad de gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, se encuentran vinculados a dichas instituciones, pues en el evento de entenderse incluidos en esa clasificación, la previsión contenida en la norma podría ser declarada inexecutable, salvo que se le interprete en el sentido de que la no alusión a los demás trabajadores no conlleve su exclusión del régimen disciplinario aplicable a los gerentes o que se concluya que ellos no son servidores públicos.

Para la Auditoria, de conformidad con lo establecido en la Constitución, la ley 489 de 1998, artículos 38, 68 y 96, así como la jurisprudencia Constitucional, se deduce que en los eventos en que la aplicación del artículo de lugar a la creación de una persona sin ánimo de lucro, ésta deberá regirse por las normas del código civil. Se podría pensar que por regla general, quienes se encuentren vinculados a su servicio se rigen por el derecho privado y por ende, no están sujetos al régimen disciplinario ordinario establecido para los servidores públicos; sin embargo, al establecer el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 que ésta clase de entidades pueden hacer parte de la rama ejecutiva del poder público, es posible concluir que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados servidores públicos, con las consecuencias que desde el punto de vista

disciplinario ello puede conllevar: ser catalogados como sujetos disciplinables de acuerdo con las normas que se aplican a los demás empleados del Estado.

Teniendo en cuenta que la Corte ha reconocido que es potestativo del legislador establecer otras categorías de servidores públicos, así como otras denominaciones para clasificarlos como tales, la Auditoría estimó necesario retomar los argumentos tenidos en cuenta por la Corte Constitucional al analizar la exequibilidad del artículo 2 numeral 2 literal a) de la ley 80 de 1993, al establecer que para efectos contractuales: “se denomina servidor público: a) las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representante legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o sus equivalentes en quienes delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas”.

Lo mismo sucede con la participación de las entidades estatales en la constitución de cooperativas, pues allí la norma general es que el personal que se requiera para el desarrollo de su objetivo está sujeto a lo previsto en los estatutos de creación, salvo que se trate de personas no asociadas, evento en el cual, las normas que se aplican son las del Código Sustantivo del Trabajo y, por ende, por regla general, el personal vinculado a ellas se rige por el derecho privado, salvo las excepciones que establezca el legislador en atención a la especial situación de haber recibido aportes del Estado o de sus entidades descentralizadas.

Concluye afirmando que a la luz de lo expuesto, es claro que bien puede el legislador establecer una nueva categoría de servidores públicos para efectos disciplinarios y hacerles extensivo el régimen aplicable a los demás servidores del Estado, en virtud a la especial forma de integración que se puede dar entre esta clase de entidades con la rama ejecutiva del poder público. Razón por la que, se considera que la norma demandada se ajusta a la Constitución.

D. Concepto del Procurador General de la Nación.

La Sala Plena de la Corte Constitucional, mediante autos de julio nueve (9) y treinta (30) de dos mil dos (2002) aceptó el impedimento manifestado por el doctor Carlos Arturo Gómez

Pavajeau, en calidad de Procurador General de la Nación (E), y Viceprocurador General de la Nación, para conceptuar dentro del proceso de la referencia.

En consecuencia, por medio del concepto número 3019 de septiembre treinta (30) de dos mil dos 2002, la Procuradora Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, doctora Nubia Herrera Ariza, solicita a la Corte Constitucional, declarar la exequibilidad de los incisos segundo y tercero del artículo 25 de la ley 734 de 2002.

Las razones que esgrime el Ministerio Público para solicitar la exequibilidad de los apartes acusados son:

1. En relación con el cargo presentado sobre si es violatorio de los artículos 1 y 246 de la Constitución, señalar como destinatarios de la ley disciplinaria a los miembros de comunidades indígenas que manejen recursos propios, la Procuraduría consideró que el legislador no se ha pronunciado de manera general sobre los criterios de coordinación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, por lo cual no hay parámetros legales para determinar los limites de una y otra jurisdicción, debiéndose recurrir a los elementos que ha señalado la jurisprudencia.

Para el Ministerio Público, la norma acusada no vulnera el ordenamiento superior, por el contrario, el legislador está ejerciendo la facultad que le otorga el artículo 246 de la Constitución, al consagrar que se aplican las normas disciplinarias de carácter nacional a los indígenas, solamente en el caso en que éstos manejen recursos públicos, lo cual significa, que en cualquier otro caso deberán ser disciplinados por sus propias autoridades de conformidad con sus normas y procedimientos.

El ámbito de aplicación de la norma demandada, es el de los recursos recibidos por las autoridades indígenas, a través de contratos y posteriormente los que se reciban para su administración directa.

La norma acusada, es concordante con los artículos 53 y siguientes del Código Disciplinario Único que señala que son sujetos disciplinables los particulares que administren recursos del Estado y establecen el régimen aplicable a estos sujetos.

Dentro de este contexto, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los

indígenas que manejen recursos públicos, pero esta vinculación obliga al Estado a capacitar a las autoridades indígenas para que se produzca una comprensión compartida de cada una de las cláusulas del contrato.

Finalmente, afirma que el incluir como sujetos disciplinables a los indígenas que manejen recursos públicos, no desconoce el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tanto la elaboración del contrato para dicha administración como su ejecución y control, estén acompañados de procesos de capacitación y asesoría para las autoridades indígenas y esta se realice en términos de conciliación que facilite la comprensión entre las partes.

2. Respecto al cargo contenido en el expediente D-4099, el Ministerio Público considera que la norma acusada en su inciso tercero, no desconoce el ordenamiento superior. Por el contrario, es el desarrollo de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 123 y 124 de la Carta Política, que señalan como competencia del legislador determinar el régimen de los servidores públicos, y su responsabilidad de acuerdo con la naturaleza de la función que cumplen y el régimen propio de la entidad a la cual están vinculados.

Con relación a las entidades descentralizadas por servicios que se rigen por el derecho privado, señaló que el legislador puede diferenciar el régimen aplicable a sus funcionarios, según el grado de responsabilidad en la ejecución de las políticas públicas y el manejo de recursos públicos.

Afirmó que esta distinción, no es novedosa por cuanto en los regímenes anteriores a la ley 489 de 1998, se ha dado un trámite especial a los gerentes, directores o presidentes de las entidades descentralizadas, al considerarlos como empleados públicos vinculados por un régimen estatutario o reglamentario, mientras que los demás trabajadores con funciones operativas vinculados a estas entidades han sido considerados trabajadores oficiales vinculados por contratos de trabajo dentro del régimen privado.

La diferente naturaleza de la función que cumplen en cuanto al manejo de políticas y recursos públicos, ha justificado que se les considere servidores públicos sujetos al régimen contractual con exclusión de los demás funcionarios de las asociaciones y fundaciones de participación mixta.

En consecuencia, considera que es razonable la exclusión que se hace de los funcionarios de menor jerarquía vinculados a entidades que aunque creadas con participación mayoritaria del Estado están sujetas al derecho privado.

II. Consideraciones de la Corte Constitucional.

Primera.- Competencia.

La Corte Constitucional es competente para conocer de este proceso, por haberse originado en la demanda contra una norma que hace parte de una Ley de la República (numeral 4, artículo 241 de la Constitución).

Segunda.- Lo que se debate.

Son dos los argumentos que se van a examinar en esta providencia.

2.1. Por una parte, si la expresión contenida en el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, al manifestar que “Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código” es violatorio de los artículos 1 y 246 de la Constitución, por cuanto, en concepto del demandante se desconoce la autonomía de los grupos indígenas para juzgar de conformidad con sus propias normas y procedimientos.

2.2. Igualmente, se debe determinar si el inciso tercero del mismo artículo 25 de la ley 734 de 2002, establece una discriminación al consagrar para efectos de esta ley como servidores públicos disciplinables, a los gerentes de cooperativas, fundaciones corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, excluyendo a los demás funcionarios que laboran en las mencionadas entidades.

Tercero.- Reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural. Indígenas como destinatarios de la ley disciplinaria por el manejo de recursos públicos (Expediente D-4116).

Fue a partir de la Constitución de 1991, en donde se empezó a hablar de un sistema pluralista que reconoce las diferentes culturas existentes en la sociedad colombiana.

La idea del Constituyente fue la de reivindicar lo étnico (artículos 1 y 7 de la Carta Política), garantizando la defensa de este grupo minoritario de la población colombiana.

Por ello, se les reconoció a los grupos indígenas una serie de prerrogativas con el fin de respetar la prevalencia de sus manifestaciones culturales, lingüísticas y artísticas (artículo 10 ibídem), así como el derecho a participar en asuntos que los afecten (artículos 2, 229 y 230 de la Constitución).

Así, el artículo 246 de la Constitución, establece que las autoridades 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 las Leyes de la República. Es decir, lo consagrado en este precepto constitucional establece una especie de “fuero indígena”, y sobre este aspecto, en sentencia T- 496 de 1996, esta Corporación señaló:

“Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del

resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”.

Ahora bien, dado que en la demanda se afirma que es contrario a la Constitución que los indígenas sean destinatarios de la ley disciplinaria cuando administren recursos públicos, la Corte no se ocupará en esta ocasión de analizar la norma acusada con respecto a los artículos 330, 7 y 246 de la C.P.

Tratándose de recursos públicos manejados por los servidores públicos, nuestro ordenamiento dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, pues el manejo de estos recursos involucra el interés general, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado.

En el evento en que esos recursos sean administrados por particulares, estos se encuentran sometidos a la Constitución y a la Ley. Respecto de ellos las funciones de vigilancia y control asignadas por el ordenamiento jurídico a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación deben ser ejercidas por ellas, para asegurar la pulcritud en el manejo de dineros del erario público. Recuértese al punto que la Ley 715 de 2001 dispone que los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el Municipio en que se encuentra el resguardo respectivo, y ejecutados a través de la celebración de contratos entre la Entidad Territorial y las autoridades del resguardo, situación que varía cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales, pues entonces sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia (Artículo 83 Ley 715 de 2001).

Así las cosas, resulta claro para la Corte Constitucional que, conforme a la Constitución Política la inclusión como destinatarios de la ley disciplinaria de los indígenas que administren recursos del Estado, no vulnera el artículo 246 de la Carta Política, ni tampoco su artículo 1 como lo sostiene el actor. La norma contenida en el artículo 25 de la Ley 754 de 2002, por este aspecto, coloca a quienes siendo indígenas administren recursos públicos en la misma situación de cualquier colombiano que se encuentre en esa hipótesis, sin que ser destinatarios de la ley disciplinaria signifique decisión anticipada sobre responsabilidad alguna de carácter disciplinario, pues ella se rige por los principios y las reglas establecidas en el código disciplinario, y muy especialmente en su artículo 28.

El régimen disciplinario que controla el comportamiento de los servidores públicos, se aplica a los particulares únicamente cuando éstos cumplen funciones públicas.

“La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según los disponga el legislador: “La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas”

No obstante, ante la existencia de varias disposiciones constitucionales que hacen posible el ejercicio permanente de función pública por particulares, tales son los casos de los notarios (artículos 131 C.P.), de las autoridades indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 246 C.P.) y de la prestación de servicios públicos (artículo 365 C.P.), entre otros, no puede afirmarse que la temporalidad deducida del enunciado artículo 123 de la Constitución sea regla absoluta y rígida que impida en cualquier caso el ejercicio de funciones públicas permanentes por personas privadas.” (Sentencia C-286 de 1996 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo)

Por consiguiente, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos.

Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio Público, el Estado

capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción.

Cuarta.- Aplicación de la ley disciplinaria únicamente a los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria y no a todos los funcionarios que laboran en las mencionadas entidades, no vulnera el derecho a la igualdad. (Expediente D-4099)

Para resolver esta cuestión, es necesario aclarar que la llamada descentralización por servicios, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada.

La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de actividades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, estas entidades aún cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones de participación mixta por manejar recursos públicos, mantienen un vínculo con el Estado, es decir, de manera excepcional, se rigen por normas de derecho publico, a pesar de que el régimen jurídico general sea el régimen del derecho privado, pues en su creación y financiación se involucra la iniciativa y el capital privado.

Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso.

Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea por que es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, “son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades territoriales descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Estos servidores están al servicios del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, siendo competencia del legislador determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Lo que quiere decir que es la propia Constitución (artículo 124) la que le otorga al legislador la facultad para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva.

Por tanto, al establecer la ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado.

En sentencia C-230 de 1995, la Corte al declarar la exequibilidad del ordinal 2 literal a) del artículo 2 de la ley 80 de 1993 señaló que :

“.... Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.

“... El encuadramiento de las corporaciones y las fundaciones en las condiciones de

entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas entidades, porque unos y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como se dijo en la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines de manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante contratación.

“... Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponder por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial.

“Igualmente, cuando la misma norma determina que los miembros de los organismos allí señalados, gozarán de la calidad de servidores públicos, inmediatamente se les está reconociendo esta categoría a los funcionarios de las entidades descentralizadas de segundo orden, en virtud de su vinculación a una entidad de esa clase, calidad que se restringe en la ley 80 de 1993 a un cierto nivel de gestión y responsabilidad.”

Teniendo en cuenta lo anterior, al señalar el inciso tercero del artículo 25 que “para efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen u organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”, no se vulnera el derecho a la igualdad alegado por la demandante. Por el contrario, además de ser función del legislador establecer las categorías de servidores públicos, según el tipo de responsabilidad al que se encuentran sometidos, debe entenderse que los sujetos no incluidos en la norma, en razón a su inferior jerarquía, estarán sometidos al derecho privado.

III.- DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: Declárase Exequible el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, únicamente por el cargo formulado por el actor.

Segundo: Declárase Exequible el inciso tercero del artículo 25 de la ley 734 de 2002.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, no firma la presente sentencia por cuanto en la fecha fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

Aclaración Especial de voto a la Sentencia C-127/03

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reconocimiento constitucional (Aclaración Especial de voto)

COMUNIDAD INDIGENA-Protección y respeto de la integridad e identidad (Aclaración Especial de voto)

PLURALISMO-Principio constitucional fundamental (Aclaración Especial de voto)

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección del Estado (Aclaración Especial de voto)

PRINCIPIO DE AUTODETERMINACION-Protección (Aclaración Especial de voto)

COMUNIDAD INDIGENA-Sujeto de derechos fundamentales (Aclaración Especial de voto)

COMUNIDAD INDIGENA-Verdadero sujeto colectivo (Aclaración Especial de voto)

CONSTITUCION POLITICA-Reconocimiento de derechos diferenciados en función del grupo (Aclaración Especial de voto)

COMUNIDAD INDIGENA-Concepto (Aclaración Especial de voto)

Conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales, un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con valores culturales propios pero de conformidad con la Constitución y la ley.

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reconocimiento plantea reto para la interpretación armónica y coherente de la Constitución (Aclaración Especial de voto)

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Interpretación constitucional debe hacerse a la luz de las particularidades de cada caso concreto (Aclaración Especial de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Interpretación proindígena (Aclaración Especial de voto)

AUTORIDAD INDIGENA-Límites a la autonomía jurisdiccional y gubernamental reconocida por la Constitución (Aclaración Especial de voto)

AUTORIDAD INDIGENA-Facultades jurisdiccionales supeditadas a la Constitución y la ley (Aclaración Especial de voto)

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Parámetros para la resolución de conflictos entre este principio y otros valores constitucionales (Aclaración Especial de voto)

COMUNIDAD INDIGENA-Maximización de la autonomía (Aclaración Especial de voto)

COMUNIDAD INDIGENA-Justificación a las restricciones en cuanto a instituciones jurídicas y formas de juzgamiento (Aclaración Especial de voto)

JURISDICCION INDIGENA-Restricción deberá consultar el principio de maximización de la autonomía (Aclaración Especial de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Conflicto de competencia entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional (Aclaración Especial de voto)

JURISDICCION ESPECIAL-Derecho a ser juzgado por su propia autoridad (Aclaración Especial de voto)

FUERO INDIGENA-Elementos/FUERO INDIGENA-Límites (Aclaración Especial de voto)

FUERO INDIGENA-Competencia atenderá las circunstancias particulares de cada caso (Aclaración Especial de voto)

FUERO INDIGENA-Conducta sancionada por el ordenamiento nacional (Aclaración Especial de voto)

FUERO INDIGENA-Conducta sancionada en ambos ordenamientos (Aclaración Especial de voto)

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Ponderación frente a otro valor (Aclaración especial de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Parámetros constitucionales para la resolución de conflictos (Aclaración Especial de voto)

CORTE CONSTITUCIONAL-Distinción entre destinatario y responsable de la ley disciplinaria (Aclaración Especial de voto)

INDIGENA-Inimputabilidad por razones de diversidad sociocultural (Aclaración Especial de voto)

FUERO INDIGENA-Alcance/FUERO INDIGENA-Concepto (Aclaración Especial de voto)

Referencia: expediente D-4099 y 4116

Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 2 y 3 del artículo 25 de la ley 734 de febrero 5 de 2002 “por el cual se expide el Código Disciplinario Único”.

Demandantes: Jaime Hernández Copete y Sonia Esther Rodríguez Noriega.

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

Con el debido respeto por la Corporación y por el magistrado ponente, aclaro mi voto a la sentencia C-127 de 2003. Considero que la decisión de la Corte ha debido ser la exequibilidad condicionada del inciso 2 del artículo 25 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de hacer depender la constitucionalidad de la norma que ordena la aplicación de la ley disciplinaria a los indígenas que administren recursos del Estado a que, por lo menos, la persona del disciplinado se encuentre integrado a la cultura occidental.

Pese a concurrir con la parte resolutive de la sentencia, difiero de la parte motiva y de las consideraciones que se expusieron para justificar lo decidido. Mi principal desacuerdo tiene que ver con la interpretación hecha por la mayoría a las limitaciones de los principios de pluralismo cultural y autonomía de los pueblos indígenas a la luz de la Constitución Política. Considero que el entendimiento en que se apoyó la mayoría de la Corporación para emitir su decisión no recupera la amplia y consistente jurisprudencia en materia del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural propia del pueblo colombiano. A continuación expongo las razones que me llevan a tal convicción, para lo cual abordo los siguientes temas: 1. El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural; 2. Los límites a la autonomía indígena; 3. Las insuficiencias de la argumentación de la Corte en el caso concreto.

1. El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural

La Carta Política reconoce expresamente la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y ordena la protección y el respeto de la integridad e identidad de las comunidades indígenas. Con miras a la materialización efectiva de estos propósitos, el texto constitucional consagra un conjunto de derechos y garantías especiales que reconocen y refuerzan los sistemas de creencias y valores de los diferentes grupos culturales, así como sus usos y costumbres, todo ello dentro de un espíritu de mutuo respeto de las diversas concepciones de mundo.

En sus artículos 1 y 7, el texto constitucional incluye el pluralismo como uno de los principios constitucionales fundamentales e impone al Estado proteger la diversidad étnica y cultural. Estos dos mandatos, junto con el artículo 9º, que reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos, constituyen el marco de referencia dentro del cual es necesario evaluar las relaciones, y los límites de dichas relaciones, de las diferentes culturas que cohabitan el territorio colombiano y se rigen por la misma Constitución. En efecto, la Constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de nacionales cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el principio de autodeterminación.

Por otra parte, la Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. En este sentido, la Corporación ha sostenido que “[e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”¹ Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos (C.P., artículo 88).²

Corolario de lo anterior es el reconocimiento que la Constitución hace de derechos diferenciados en función del grupo y los cuales se relacionan con su territorio, la autonomía en el manejo de sus propios asuntos, el uso de su lengua y, en fin, el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas y procedimientos plasmados en sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. Dicho reconocimiento se ve reflejado en numerosos preceptos constitucionales que lo refuerzan y complementan: Es así como a partir de los artículos 1º, 7º y 9º de la Carta Política se desarrolla un amplio marco normativo con los artículos 8º (protección de la riqueza cultural de la nación), 10º (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68º (respeto a la identidad en materia educativa), 70º (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas), 72º (protección del patrimonio arqueológico de la nación), 246º y 330º (que conceden a las comunidades indígenas la atribución de regirse por sus normas y procedimientos ancestrales).³ A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas,

sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, se ven reforzadas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

El principio de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural otorga a las comunidades indígenas, entendidas éstas como los conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales (Decreto 2001 de 1988, artículo 2°), un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con valores culturales propios (C.P., artículo 246) pero de conformidad con la Constitución y la ley.⁴

Es precisamente en relación con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que se plantea el primer reto para la interpretación armónica y coherente de la Carta Política, ya que por otra parte el ordenamiento jurídico superior no renuncia a la universalidad de los derechos fundamentales. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.⁵ Esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos.: En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).⁶

Para la resolución de la tensión antes expuesta, la Corte ha sido clara en que ella debe hacerse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria, etc.⁷ De cualquier

forma, debe evitarse la violencia cultural consistente en ignorar las categorías con las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (interpretación pro indígena).

2. Los límites a la autonomía indígena en materia jurisdiccional

La labor de la Corte ha estado dedicada principalmente a establecer tanto el alcance como las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que el texto constitucional en sus artículos 246 y 330 reconoce a las autoridades indígenas. Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres así como y el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y las leyes. Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional ha sido llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos. Los siguientes son sólo algunos casos en los cuales esta Corporación ha formulado principios de interpretación en la materia.

a. Con ocasión de la tutela interpuesta en contra de la directiva del Cabildo de la Comunidad Indígena de El Tambo por su decisión de sancionar al peticionario por la comisión del delito de hurto con la expulsión de la comunidad, junto con toda su familia, la Corte Constitucional reiteró el mandato del artículo 246 que supedita la atribución constitucional de ejercer facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas a que su ejercicio no sea contrario a la Constitución y a la ley. En esta ocasión, en observancia del mandato constitucional de protección y reconocimiento de la diversidad cultural formuló los siguientes parámetros para la resolución de conflictos que se presentan entre este principio y otros valores constitucionales:

1. A mayor cohesión y autocontrol por parte del grupo y con el fin de asegurar la conservación de los usos y costumbres del grupo, se reconoce una mayor autonomía;

1. Los derechos fundamentales constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse (lo cual fue precisado en las sentencias que posteriormente se citarán para evitar que se invoque cualquier derecho fundamental interpretado en su sentido liberal clásico para restringir indebidamente la diversidad étnica y la autonomía);

1. Las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de las comunidades indígenas siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas;

1. Los usos y costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas del derecho nacional.⁸

En aplicación de los anteriores parámetros la Corte concedió parcialmente la tutela avalando la expulsión del miembro de la comunidad como sanción por su conducta, no siendo equiparable al destierro prohibido en la Carta Política por cuanto éste sólo se refiere a la expulsión del conjunto del territorio nacional, pero anulando la confiscación de que fuera objeto el peticionario como consecuencia de su expulsión de la comunidad.

b. Un segundo caso involucra a un peticionario quien fuera declarado culpable del delito de homicidio por el Cabildo Emberá y condenado a 20 años de cárcel por la comunidad. El afectado interpuso acción de tutela por considerar que en el proceso de juzgamiento se vulneraron sus derechos fundamentales y se desconocieron las garantías que constitucionalmente se exigen en materia penal. En esta ocasión la Corte sentó las siguientes tesis que permiten avanzar en la resolución de los conflictos entre autonomía jurisdiccional indígena y otros principios constitucionales:

1. Teniendo en cuenta el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la

supervivencia cultural,⁹ 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.

1. Las 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 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.¹⁰

1. Si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción de la jurisdicción indígena, 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.

En esta oportunidad la Corte concedió la tutela únicamente por violación del principio de la legalidad de la pena, dejó sin efectos la decisión tomada por la Asamblea General de Cabildos, y consultó “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.”

c. Un indígena paez fue condenado mediante sentencia confirmada en segunda instancia a

20 años y 10 meses de prisión, por el delito de homicidio. El condenado interpuso acción de tutela por desconocimiento a la protección a la diversidad cultural. La Corte denegó la tutela por considerar que el actor estaba enterado de la existencia de normas que prohibían causar la muerte, que conjugadas con sus características personales y las circunstancias geográficas del hecho, no le dan derecho a fuero. En esta ocasión la Corte recogió y sintetizó los criterios jurisprudenciales que permiten delimitar el alcance de la jurisdicción indígena, en los siguientes términos:

“(C)iertas reglas interpretativas establecidas en los fallos de ésta Corporación, pueden servir de guía para abordar el presunto conflicto de competencias entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, que el demandante aduce:

1. “En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto a la luz de los principios y valores constitucionales.¹¹ Y en el mismo sentido:
2. El procedimiento de solución de conflictos entre unidad y autonomía debe atender a las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto. ¹²
3. El derecho colectivo de las comunidades indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.¹³

Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.¹⁴

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.”¹⁵

1. En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar un diálogo o interlocución – directa o indirecta¹⁶ -, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo, con el fin de asegurar la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural;

1. Para poder entender el verdadero grado de afectación que pueden tener los miembros de la IPUC sobre la integridad cultural arhuaca, es indispensable estudiar los dogmas y las practicas propias de esta congregación religiosa;

2. La Constitución Política parte de la premisa de que un individuo puede desarrollar a lo largo de su existencia sucesivos y simultáneos lazos de pertenencia con variadas asociaciones o comunidades. La ciudadanía, vale decir, la adscripción a la sociedad más global, no es impedimento para que la persona acepte otros papeles y se integre a otros cuerpos sociales;

1. La Corte debe apreciar y sopesar tanto las exigencias válidas de los individuos como también las provenientes de la comunidad. La aplicación de los dos mencionados principios

debe combinarse de manera armoniosa. No existe en abstracto ninguna fórmula para resolver este tipo de conflictos. La solución a los mismos deberá ensayarse en cada caso, a la luz de sus particularidades.¹⁷

De los casos citados queda claro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha buscado establecer claros parámetros constitucionales para la resolución de conflictos entre, por una parte, los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía jurisdiccional y política de las comunidades indígenas, y, por otra parte, otros principios, derechos y valores constitucionales. Cualquier solución al cuestionamiento sobre el alcance de la potestad disciplinaria del Estado, particularmente respecto de los sujetos disciplinables, frente a los indígenas debiera contemplar los mencionados parámetros de forma que se respeten, armonicen y optimicen todos los principios en juego.

3. Las insuficiencias de la argumentación de la Corte en la sentencia

a. La sentencia evade el tema de fondo, a saber: si el hacer a los indígenas en determinadas circunstancias –cuando manejan recursos del Estado– sujetos del régimen disciplinario vulnera, entre otros, la autonomía de los pueblos indígenas como garantía institucional de la diversidad étnica y cultural. La Corte prefirió dictar un fallo con efectos de cosa juzgada relativa a los cargos de la demanda, la cual lee de forma bastante particular al afirmar que “dado que en la demanda se afirma que es contrario a la Constitución que los indígenas sean destinatarios de la ley disciplinaria cuando administren recursos públicos, la Corte no se ocupará en esta ocasión de analizar la norma acusada con respecto a los artículos 330, 7 y 246 de la C.P.” Tal afirmación incurre en un non sequitur, puesto que la premisa, según la cual contraría la Constitución que los indígenas sean destinatarios de la ley disciplinaria, no constituye una razón que justifique la limitación del examen constitucional con prescindencia del cargo por desconocimiento de los principios de pluralismo cultural y autonomía indígena.

b. La sentencia distingue entre ser destinatario y ser responsable a la luz de la ley disciplinaria. Tal distinción, aunque teóricamente posible, no está acorde con un análisis de constitucionalidad a partir de la jurisdicción indígena y del principio de diversidad étnica, de conformidad con la manera como la Corte ha abordado el estudio de otras demandas sobre la materia. Así lo hizo, por ejemplo, en materia penal en la sentencia C-370 de 2002, M.P.

Eduardo Montealegre Lynett, al declarar la constitucionalidad condicionada de la expresión la expresión “diversidad sociocultural” del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal,¹⁸ bajo los siguientes dos entendidos: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia. En esta sentencia se sentó, entre otras, la siguiente doctrina en relación con la inimputabilidad indígena por razones de diversidad sociocultural, lo cual también es predicable de los indígenas que administran recursos del Estado cuando no se dan las condiciones materiales para tenerlos como destinatarios de la ley disciplinaria. Sostuvo la Corte en dicha ocasión:

“(L)a Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto. Y esa conclusión no es una novedad de esta sentencia sino que había sido tradicionalmente aceptada por la jurisprudencia colombiana. Así, ha dicho al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema:

(...)

34- La anterior precisión doctrinaria permite entonces evitar una eventual vulneración de la igualdad derivada de la expresión acusada, pues implica que toda persona que incurra en un error invencible de prohibición, sea o no inimputable, debe ser absuelta. De otro lado, la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la

inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el propio artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “curar” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales. En efecto, la Corte recuerda que no sólo Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural (CP arts 7° y 8°) sino que además la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (CP art. 70). Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (CP art. 8°)

35- En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70). Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural.

(...)

El examen precedente muestra que si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su

cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos.”

A la luz de la doctrina penal, existen condiciones materiales en las cuales un indígena que administra recursos del Estado no podría ser siquiera destinatario de la ley disciplinaria.

c. El fuero indígena, esto es, la potestad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas de “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” (artículo 246 de la Constitución) no se extiende exclusivamente al ámbito del derecho penal.

Por otra parte, el alcance del fuero indígena establecido en la Constitución, el cual gobierna buena parte de las relaciones entre los miembros de la comunidad indígena y sus autoridades, tampoco se restringe a la función judicial. Lo determinante es el grado de invasión que representa una sanción en la autonomía y en el principio de respeto a la diversidad cultural. Así, cabe preguntarse, por ejemplo, si la correcta destinación de los recursos dentro de la comunidad puede ser evaluada por la Procuraduría General de la Nación con parámetros típicos de la “buena gestión pública”. O si la autoridad indígena está condicionada al tomar sus decisiones a seguir tales parámetros ajenos a la tradición de los pueblos indígenas.

d. La Corte en la parte motiva de la sentencia parecería condicionar la constitucionalidad de la norma acusada cuando afirma:

“Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción.” (se subraya fuera de texto).

No obstante, el fallo proferido es de exequibilidad pura y simple. Es manifiesto entonces cómo la Corte reconoce la existencia de un problema pero finalmente lo evade mediante la

declaratoria de exequibilidad de la norma con efectos de cosa juzgada relativa. Además, la mayoría de la Corte también asume una visión integracionista de los indígenas a la cultura mayoritaria como si ellos fueran incapaces o inferiores cuando parecería hacer depender la exequibilidad de la norma a que el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, lo cual es contrario al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, así como al respeto de la autonomía de las comunidades indígenas.

En conclusión, considero que la Corte no ha debido restringirse en el estudio de los cargos de la demanda sino que, por el contrario, ha debido tener en cuenta la doctrina constitucional sobre los límites admisibles al principio de autonomía jurisdiccional y sobre el respeto a la diversidad étnica y cultural para resolver sobre la constitucionalidad de la norma acusada.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

1 Sentencia T-380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

2 Sentencia T-380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); Sentencia T-001/94 (MP. José Gregorio Hernández Galindo).

3 Sentencia T-428/92 (MP. Ciro Angarita Barón); Sentencia T-342/94 (MP. Antonio Barrera Carbonell); Sentencia C-104/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); Sentencia T-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

4 Sentencia T-188/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); Sentencia T-007/95 (MP. Antonio Barrera Carbonell); Sentencia C-104/95 (MP. Hernando Herrera Vergara); Sentencia T-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); Sentencia T-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

5 Sentencia T-254/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); Sentencia C-139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); Sentencia T-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); Sentencia T-496/96 (MP. Carlos Gaviria

Díaz).

6 Sentencia T-523/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

7 Sentencia T-428/92 (MP. Ciro Angarita Barón); Sentencia c-139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); Sentencia T-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); Sentencia T-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

8 Sentencia T-294 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

9 El derecho a la supervivencia cultural encuentra su fundamento en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9 de la Carta Política y en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Como derecho específico de los pueblos indígenas está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991. Así mismo, este derecho ha sido elaborado jurisprudencialmente en las sentencias de la Corte Constitucional T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-342 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), entre otras.

10 Sentencia T-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

11 Corte Constitucional. Sentencia T-428/92. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

13 Corte Constitucional, Sentencias 254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también la sentencia C-136/96.

14 Esta idea, al igual que los ejemplos que la ilustran, fue desarrollada por Isabel Cristina Jaramillo, en “El Liberalismo frente a la Diversidad Cultural”. (S.P.P.)

15 Sentencia T-496 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

16 Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial.

17 Sentencia SU-510 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes).

18 El artículo 33 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), dice: “Artículo 33. Inimputabilidad. Es

imputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. || No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental. || Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.”