

C-463-14

Sentencia C-463/14

AUTONOMIA JURISDICCIONAL DE PUEBLOS INDIGENAS PARA RESOLVER CONFLICTOS POR AUTORIDADES PROPIAS Y SEGUN NORMAS Y PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO POR CADA COMUNIDAD-Contenido

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Desarrollo normativo

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Subreglas y criterios de interpretación para la definición de la competencia

DERECHO PROPIO-Noción

NORMATIVIDAD PRECONSTITUCIONAL-Postulados básicos para análisis de vigencia

CORTE CONSTITUCIONAL-Competencia para pronunciarse sobre normas derogadas, siempre que estas continúen produciendo efectos jurídicos/LEY-Puede ser derogada de manera expresa o tácita

NORMA SOBRE COMPETENCIA ESPECIFICA EN CABEZA DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA DIRIMIR CONFLICTOS SOBRE EL USO DE TIERRAS ENTRE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS, O ENTRE ESTOS Y SUS CABILDOS-Análisis de vigencia

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL EN LA CONSTITUCION DE 1991-Jurisprudencia constitucional

CONVENIOS 107 DE 1957 Y 169 DE 1989 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Diferencias

COMUNIDADES INDIGENAS-Sujetos de derechos fundamentales/COMUNIDADES INDIGENAS-Derechos fundamentales no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de éstos/DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-No son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos/ACCION DE TUTELA-Mecanismo adecuado, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la

protección de los derechos de la comunidad

AUTONOMIA INDIGENA-Límites

CRITERIOS DE INTERPRETACION DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y LA SOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE ESTOS Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES DE SUS MIEMBROS-Jurisprudencia constitucional

CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES DEL SISTEMA JURIDICO NACIONAL Y LA JURISDICCION INDIGENA-Subreglas jurisprudenciales

CONFLICTOS CONSTITUCIONALES QUE INVOLUCRAN LA AUTONOMIA JURISDICCIONAL INDIGENA-Criterios generales de interpretación

PRINCIPIO DE MAXIMIZACION DE LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS O MINIMIZACION DE LAS RESTRICCIONES A SU AUTONOMIA-Reiteración de jurisprudencia/PRINCIPIO DE MAYOR AUTONOMIA PARA LA DECISION DE CONFLICTOS INTERNOS-Jurisprudencia constitucional/PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR AUTONOMIA-Jurisprudencia constitucional

CONFLICTOS NORMATIVOS O COLISIONES DE PRINCIPIOS EN LA APLICACION DE LA AUTONOMIA JURISDICCIONAL INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

AUTONOMIA INDIGENA-Límites están dados por un núcleo duro de derechos humanos, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y por los derechos fundamentales, en tanto mínimos de convivencia social/AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites a facultades jurisdiccionales/JURISDICCION INDIGENA-Límites constitucionales/CARACTER DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO MINIMOS DE CONVIVENCIA SOCIAL-Deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Factores que determinan la competencia/JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y SISTEMA JURIDICO NACIONAL-Criterios desarrollados en la jurisprudencia para resolver los conflictos de competencia

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Nueva dimensión relacionada con el papel de las víctimas en el proceso penal y alcance del debido proceso del acusado/JURISDICCION

ESPECIAL INDIGENA Y FUERO INDIGENA-Relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado

En la providencia T-552 de 2003, la Corte Constitucional abordó una nueva dimensión de la jurisdicción especial indígena, relacionada con el papel de las víctimas en el proceso penal y el alcance del debido proceso del acusado. A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado. El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional. La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con las jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad. Esa institucionalidad es un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios- y para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento permite también conservar la armonía dentro de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas depende que se restaure el equilibrio interno de la comunidad y que no se produzcan venganzas internas entre sus miembros o familias.

RESOLUCION DE CONFLICTOS MEDIANTE INSTRUMENTOS PREVISTOS POR CADA COMUNIDAD, COMO ELEMENTO DE GARANTIA Y CONSERVACION DE LAS CULTURAS ABORIGENES Y MEDIO PARA LA SATISFACCION DE LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS- Requiere la existencia de un mínimo poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo/DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN EL ESCENARIO DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA SUSCITADOS ENTRE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA-Alcance/JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Derechos a la verdad, justicia y la

reparación deben entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad/FACTOR OBJETIVO DE COMPETENCIA DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

PUEBLOS ORIGINARIOS Y SUS TERRITORIOS-Relación

JUSTICIA INDIGENA-Escenarios en los cuales debe enfrentar tensiones con otros principios constitucionales

DERECHOS DE LAS VICTIMAS-Protección en la jurisdicción indígena

Los derechos de las víctimas deben ser protegidos en la jurisdicción indígena, pues hacen parte también del debido proceso, y porque así lo disponen distintos compromisos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. Estos derechos comprenden la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Es importante señalar, sin embargo, que estos derechos deben ser entendidos también en “clave” de diversidad cultural. Eventualmente las sanciones de una comunidad pueden resultar inocuas para la sociedad mayoritaria, acostumbrada a la pena de prisión para todas las faltas graves. Sin embargo, la pena de prisión puede ser incompatible con los procesos de armonización que utilizan algunas comunidades indígenas, especialmente si esta no permite la armonización de las relaciones entre familias, aspecto que suele ser uno de los principales objetivos de la justicia indígena.

Referencia: expediente D-10001

Demanda de inconstitucionalidad presentada por Camilo Andrés Rodríguez Rodríguez contra el artículo 11 de la Ley 89 de 1890

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., nueve (9) de julio de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha

proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El señor Camilo Andrés Rodríguez Rodríguez presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la Ley 89 de 1890, por presunto desconocimiento del preámbulo, y los artículos 3º, 13 y 246 de la Constitución Política.

2. Mediante auto del veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), se admitió la demanda, únicamente en lo concerniente al cargo por violación del artículo 246 Superior, y se ordenó comunicar la iniciación del trámite de la demanda a las siguientes personas y entidades: a la Organización Nacional Indígena de Colombia (Onic), el Consejo Regional Indígena del Cauca (Cric), la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (Acin), la Asociación de cabildos y autoridades tradicionales del Consejo Regional Indígena del Tolima (Crit), el Consejo Regional Indígena de Risaralda, la Organización Indígena de Antioquia (OIA); a las universidades del Rosario, de los Andes y del Cauca; al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM del Ministerio del Interior y de Justicia, al Consejo Superior de la Judicatura, a la Defensoría del Pueblo, al Procurador General de la Nación, y dispuso la fijación en lista para la participación de los ciudadanos interesados en el proceso.

3. Procede la Sala Plena de la Corte Constitucional a decidir sobre el proceso de la referencia.

II. NORMAS ACUSADAS Y CONTENIDO DE LAS DEMANDAS

1. A continuación la Sala transcribe la disposición demandada por el señor Camilo Andrés Rodríguez Rodríguez:

“LEY 89 DE 1890

(25 de Noviembre)

Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada

El congreso de Colombia

Decreta:

(...)

Artículo 11º. Las controversias entre indígenas de una misma comunidad, o de éstos contra los Cabildos, por razón de uso de los resguardos o de los límites de las porciones de que gocen, serán resueltas por el Alcalde del Distrito Municipal a que pertenezcan, quien los oirá en juicio de policía en la forma que lo indiquen las disposiciones de la materia; cuyas resoluciones serán apelables ante los Prefectos de las Provincias, y las de éstos ante los Gobernadores de Departamento”.

III. LA DEMANDA.

Como se explicó, la demanda D-10001 fue admitida exclusivamente en lo concerniente al cargo por violación al artículo 246 de la Constitución Política. En consecuencia, se resumirán los argumentos de la demanda relacionados con esa acusación, dejando de lado las demás consideraciones de la demanda.

1. El artículo 11 de la Ley 89 de 1890 confiere a los alcaldes municipales la potestad de resolver controversias entre indígenas pertenecientes a una misma comunidad, o entre estos y sus cabildos, derivados del “uso de los resguardos o de los límites de las porciones de que gocen”, sin tomar en consideración las facultades jurisdiccionales de las comunidades indígenas para “auto determinar su forma de proceder cuando surjan discrepancias entre estos”.
2. La autonomía de los pueblos indígenas representa un objetivo de desarrollo que “obedece a un nivel estratégico de logros políticos”. Debe materializarse mediante una política pública respetuosa de la diversidad étnica, que permita la aplicación de la justicia indígena y promueva la capacitación de las autoridades tradicionales indígenas.
3. El ejercicio de la jurisdicción indígena, previsto en el artículo 246 de la Constitución

Política y el Convenio 169 de 1989 de la OIT (aprobado por Ley 21 de 1991), no está sujeto a la expedición de normas constitucionales o legales que reglamenten el funcionamiento de la justicia indígena. La Constitución autoriza a los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución Política y la ley. No resulta válido limitar la autonomía de las comunidades indígenas, privándolas de la facultad de decidir sus conflictos.

4. La norma demandada confiere a los alcaldes municipales competencia para resolver los conflictos mencionados. Sin embargo, este funcionario “por su calidad quizás no llegue a comprender la magnitud de las pretensiones que tiene un pueblo indígena que maneja sus propias costumbres y hasta su propio idioma, lo cual terminaría en un choque de intereses que se verían resueltos finalmente por una persona ajena a sus costumbres”.

5. La Constitución reconoce el carácter multiétnico y pluricultural de la nación y “aunque estos pueblos tengan una visión diferente de cohabitar en sociedad, prácticas diferentes con la naturaleza, de solución y prácticas en la sociedad” el derecho consuetudinario coexiste con el derecho positivo en una sociedad diversa y rica culturalmente, donde los pueblos y comunidades indígenas se rigen por un derecho tradicional, con métodos distintos a los del derecho nacional.

En ese sentido, las comunidades indígenas buscan reconciliar y llegar a acuerdos entre las partes, con el fin de conservar la armonía interna del grupo, Los miembros de las comunidades asisten a dirimir sus conflictos ante la autoridad tradicional, “ya sea donde el consejo de ancianos, el cacique etc. (...) La solución de sus conflictos sin respetar primero sus creencias vulnera radicalmente el derecho que tienen de autodeterminarse a ejercer su cultura y sus mecanismos” de composición de diferencias.

IV. INTERVENCIONES

1. Organización Nacional Indígena de Colombia (Onic)

Luis Fernando Arias Arias, actuando como representante de la Onic, solicitó declarar la inexequibilidad de la disposición demandada, con base en los siguientes argumentos:

1.1. Según la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), los asuntos internos o locales de una comunidad indígena suponen una lógica de auto gobierno y decisiones propias, pues hacen parte de su autonomía (Artículo 4º).

1.2. El artículo 11 de la Ley 89 de 1890 es violatorio de los derechos de las comunidades indígenas, pues entrega el ejercicio de su autonomía a una jurisdicción que no falla de conformidad con los usos y costumbres de cada pueblo. Viola por lo tanto su derecho a determinarse libremente al momento de escoger su condición política, económica, social y cultural. (Artículo 3º DNUDPI).

Lo anterior, sin desconocer que debe existir apoyo del Estado, por ejemplo, en la distribución de recursos para el fortalecimiento de la autonomía en el ámbito territorial. El ejercicio de esa autonomía supone establecer leyes y mecanismos que regulen sus comportamientos y diferencias en el uso de los suelos, redefiniendo los límites políticos, en atención a los usos y costumbres de cada comunidad. Debe ser el mismo pueblo indígena quien en ejercicio de la autonomía territorial dirima las controversias de su comunidad, o de estas con otras, con base en sus procedimientos (artículo 32 Declaración).

1.3. Mientras el derecho positivo (es decir, el derecho nacional) se divide en ramas como penal, agrario, familia, el Derecho propio de las comunidades indígenas no está dividido en materias, de manera que la autonomía se extiende a todos los posibles conflictos que puedan surgir en el ámbito territorial.

1.4. Con base en la jurisprudencia constitucional sobre el artículo 246 de la Constitución y la jurisdicción especial indígena como derecho fundamental (T-266/99)[1], se ha establecido que de la existencia de las jurisdicciones especiales se desprende el derecho de los miembros de las comunidades o pueblos indígenas a un fuero, “en virtud del cual, se confiere el derecho a dirimir sus controversias por las autoridades propias, acorde con su cosmovisión, normas, procedimientos, costumbres, dentro de su ámbito territorial y a fin de garantizar el respeto por la especial cosmovisión de la persona”, principios que desconoce el artículo demandado. (Sentencias C-139 de 1996,[2] T-254 de 1994,[3] T-349 de 1996,[4] T-346 de 1996[5] y T-009 de 2007[6]).

1.5. En el marco de esa jurisprudencia, la Corte Constitucional ha expresado que la

jurisdicción especial indígena se compone de cuatro elementos: (i) la potestad de los pueblos indígenas de darse autoridades propias; (ii) la competencia para establecer normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de esas normas y procedimientos a la Constitución Política y la Ley; y (iv) la competencia legislativa para regular la coordinación entre la jurisdicción indígena y las autoridades nacionales.

Los dos primeros, constituyen las dimensiones normativa y jurisdiccional de la autonomía jurídica. Y, de acuerdo con lo expuesto, en la aplicación de la jurisdicción indígena en el ámbito territorial de los pueblos indígenas, “además de los criterios y elementos señalados es fundamental aplicar integralmente el principio de diversidad étnica y cultural”.

Con base en esos argumentos, solicita la declaratoria de inexecutable de la norma cuestionada.

2. Instituto colombiano de antropología e historia (Icanh)

2.1. El Instituto indica que la perspectiva asumida en la demanda, según la cual el alcalde municipal no podría comprender las pretensiones de los demandantes cuando estos son indígenas debido a su “calidad” es inaceptable, pues “en la colonia, calidad era una compleja categoría constituida por la interrelación entre las categorías de color, pureza y raza, para materializar en el cuerpo, en las maneras y en la apariencia, un sistema de diferenciación social, cultural y legal”.

2.2. La Ley 89 de 1890, continúa, surgió en un proyecto político distinto del actual. El proyecto civilizatorio acogido tanto por liberales como por conservadores tan solo tres años después del Concordato, instrumento que entregó la labor “integracionista-civilizatoria de los indígenas a la iglesia”. Y “si bien el tránsito de la Colonia a la República trajo consigo la distensión de ciertos marcadores coloniales –como los asociados a la calidad– en favor del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el grado de ‘civilización’ pasó a ser un poderoso ordenador de las diferencias entre comunidades y grupos poblacionales, en nuevas jerarquías que organizaban el acceso al derecho y al poder, y que se expresaban en las categorías de sujetos y reducidos a la vida civil que aparecen en la Ley 89 de 1890”.

Sorprende entonces que el demandante apele a la “calidad” para expresar una supuesta incomprensión cultural entre personas de dos “pertenencias étnicas diferentes”.

2.4. La pertenencia étnica no “determina un abismo cultural infranqueable”, sino una forma de construir la identidad en torno a “prácticas y formas de organización social que establecen un vínculo con trayectorias históricas de comunidades consideradas indígenas por el orden colonial. Tales identidades y vínculos pueden ser reconstruidos a partir de formas de vida (...) insertadas en la sociedad nacional, como sucede con muchas comunidades en proceso de reetnización o reconstrucción cultural e identitaria”.

2.5. Para ilustrar el error de la premisa sobre la incompreensión cultural, el Icanh indica que si ese argumento se aplicara a la inversa, habría que concluir que los indígenas no estarían en capacidad de comprender el funcionamiento del Estado, lo que resulta evidentemente discriminatorio.

Pero, posteriormente, aclara que no pretende defender la decisión legislativa de otorgar a los alcaldes municipales el arbitrio de asuntos indígenas, sino evitar que la decisión de la Corte tome como fundamento ideas propias de una lógica colonial.

2.6. En concepto del Instituto, sin embargo, es necesario que “exista una figura de autoridad para mediar en casos en los que no sea suficiente el control local. Al contrario de lo que afirma el demandante, no siempre las comunidades indígenas buscan y pueden llegar a acuerdos entre ellas, y requieren muchas veces la colaboración de otras instancias, no siempre indígenas. Vale señalar que actualmente buena parte de los pueblos indígenas del país están en procesos activos de configuración y reconfiguración de sus sistemas de regulación, llámense derecho propio o derecho natural. Ello implica que se requiera contar con instancias de apelación en circunstancias en que las confrontaciones entre las partes superen la capacidad creativa de las autoridades étnicas para resolver conflictos.

Prueba de ello, es el gran número de comunidades que han solicitado el acompañamiento del ‘grupo de resolución de conflictos’ de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior, para resolver diferencias dentro de sus resguardos, entre resguardos e incluso entre comunidades de diferentes grupos étnicos. Aunque las razones son múltiples, se puede constatar que entre las dificultades de las autoridades para resolver los conflictos, se encuentra la extrema polarización e incluso al involucramiento de las mismas autoridades en los problemas”.

3. Universidad Libre. Facultad de derecho.

La Institución educativa, a través de dos docentes de la Facultad de Derecho, solicitó declarar la inexecutable del artículo demandado. Afirmó que comparte los argumentos de la demanda, y añadió las siguientes razones de inconstitucionalidad:

3.1. La regulación de la jurisdicción especial indígena adquirió una “nueva dimensión” con el artículo 246 de la Constitución y el precedente desarrollado por la Corte en la materia. El artículo 11 de la Ley 89 de 1890 fue creado en un sistema jurídico normativo en el que no se consagraba este tipo de autonomía como una jurisdicción especial ni existían los tratados internacionales que regulan la materia, como el Convenio 169 de la OIT.

3.2. La sentencia C-139 de 1996 se refiere a la interpretación del artículo 246 de la Constitución, detallando los distintos elementos de la jurisdicción especial indígena. Es evidente cómo se restringe la autonomía de las comunidades indígenas al otorgar competencias al alcalde municipal o al prefecto de provincias y al Gobernador del departamento para resolver controversias sobre límites territoriales, pues solo las autoridades indígenas son competentes para hacerlo.

3.3. No existe justificación constitucional para limitar el ejercicio jurisdiccional autónomo a las comunidades indígenas cuando surjan conflictos territoriales entre indígenas de una misma comunidad, o entre estos y los cabildos, como lo ha establecido la Corte en sentencia T-349/96. Como el artículo demandado no confiere competencias jurisdiccionales sobre asuntos relacionados con el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud, o la tortura; y tampoco regula delitos o penas, entonces no constituye una limitación válida de la autonomía de los pueblos indígenas.

4. Ministerio del Interior

El apoderado del Ministerio del Interior en este trámite, intervino con el propósito de solicitar la declaratoria de exequibilidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1890, con base en las siguientes razones:

4.1 La demanda carece de elementos para adelantar el juicio de constitucionalidad. Corresponde al actor integrar la unidad normativa, es decir, presentar enunciados que tengan un contenido claro, y asumir una carga argumentativa adecuada para demostrar su inconstitucionalidad, evitando decisiones inhibitorias de la Corte.

4.2. La acción es “improcedente” pues el derecho propio prevalece sobre cualquier otro procedimiento, de conformidad con el artículo 246 constitucional. Así se desprende también de otras normas constitucionales, en tanto la Carta se refiere a los territorios indígenas como entidades territoriales en su artículo 286; el artículo 287 detalla el ámbito de autonomía de estos entes, y el artículo 288 indica que el ordenamiento territorial debe adelantarse por ley orgánica.

4.3. La Corte Constitucional también ha destacado el deber de respeto hacia la cosmovisión de las comunidades étnicas, y ha precisado que las autoridades públicas tienen atribuciones solo complementarias frente a los asuntos a cargo de las autoridades territoriales y, en este caso, a los usos y costumbres de los pueblos originarios.

En un párrafo de difícil comprensión, plantea que: “sin menoscabo de las funciones propias del Ministerio del Interior, existen otras entidades que se articulan dentro del principio de coordinación y especialidad, articulación que se encuentra en el resorte del Incoder de acuerdo a lo señalado en el Decreto 1465 de 2013, artículo 74”. Además, indica que la Corte se ha pronunciado sobre la jurisdicción especial indígena en sentencia C-139 de 1996[7] y T-371 de 2013[8] y concluye que “lo anterior, nos puede dar luces en relación con aspectos que pueden ser resueltos por sus saberes ancestrales, como por la mediación de los alcaldes que como indica remite a la disposición acusada”.

4.4. A manera de conclusiones, reitera el Ministerio que la demanda es “improcedente” pues el derecho propio prevalece sobre cualquier otro procedimiento. Pero, ante la ausencia de reglamentación del derecho propio no puede prescindirse de un procedimiento jurisdiccional o policivo como el establecido en la norma acusada “que permita decidir sobre un conflicto cuando el mismo resulte insoluble conforme a los usos y costumbres de la comunidad, ya que se pueden presentar casos de abuso del derecho ante el vacío presentado y de allí que no haya vicio inconstitucional por el cual se acusa a la norma, al contrario complementa el derecho en la medida que cumple una función de garantía de los derechos que tienen los miembros de cada comunidad”.

5. Defensoría del Pueblo

El Defensor delegado para asuntos constitucionales y legales de la Defensoría del Pueblo, presentó escrito de intervención, y requirió declarar la inexecutable de la norma

demandada.

5.1. En primer término, el Delegado afirma que los demandantes tienen razón en su cuestionamiento, y anuncia que debe explicar esa consideración en dos apartes: el primero, sobre el concepto de inconstitucionalidad sobreviniente y la necesidad de aplicar esa doctrina al caso concreto. El segundo, sobre el contenido de la norma y su relación con los principios de pluralismo y diversidad étnica y cultural.

5.2. La inconstitucionalidad sobreviviente y la necesidad de pronunciamiento de la Corte.

La norma acusada fue promulgada antes de entrar en vigencia la Constitución de 1991. Por ello, presenta contenidos que contradicen de forma evidente el espíritu de la Constitución (ver, sentencia C-139 de 1996).[9]

El momento de promulgación de la norma, sin embargo, no la hace inconstitucional, pues por regla general, el ordenamiento preconstitucional conservó su vigencia, tras la promulgación de la Constitución de 1991. En ese marco, “en principio, el análisis de constitucionalidad de las normas debe adelantarse independientemente del momento histórico en que [han sido] promulgadas”, salvo en tres eventos: (i) cuando se expide una norma posterior que expresamente la deroga; (ii) por la declaratoria de inexecutable de un contenido jurídico idéntico; y (iii) por la derogatoria tácita, que ocurre a partir de una contradicción evidente entre la norma preconstitucional y una cláusula de la Carta Política actual.

En el caso de estudio no hay ninguna norma posterior a la acusada, que la haya derogado expresamente. Tampoco se percibe la existencia de la declaratoria de inexecutable de un contenido jurídico similar al demandado, pues la Corte solo se ha pronunciado una vez sobre disposiciones de la Ley 89 de 1890, en sentencia C-139 de 1996, y en esa oportunidad no se hizo referencia a la disposición actualmente demandada, y tampoco se evidencia una derogatoria tácita.

Lo que se evidencia en esta oportunidad es una evidente contradicción entre la norma demandada y la Constitución. La norma demandada, sin embargo, y en virtud de lo expuesto, se encuentra vigente, lo que hace necesario un pronunciamiento de la Corte por

una regla “práctico-instrumental que puede dividirse en dos argumentos”. El primero, debido a que la Corte Constitucional ya evaluó la vigencia de la ley en la sentencia C-139 de 1996, considerando que aún hace parte del orden jurídico (C-139 de 1996). El segundo, porque la norma puede producir efectos nocivos para la autonomía de las comunidades indígenas, de manera que resulta necesario declarar su inexecutableidad.

5.3. La inconstitucionalidad de la norma demandada.

La jurisdicción indígena es expresión de los principios de pluralismo, identidad y diversidad étnica y cultural. A través de ellos se concreta la autonomía de los pueblos indígenas, reconocida tanto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto no implica que siempre que se establezca una restricción al ejercicio de la jurisdicción indígena se afecten los principios citados, pues, por ejemplo, los derechos fundamentales configuran límites concretos a su ejercicio.

Sin embargo, los mecanismos de integración entre sistemas jurídicos diversos deben basarse en el respeto por la diferencia y en el reconocimiento de la igualdad. Cualquier forma de integración que suponga la asimilación de un sistema por otro es prima facie inconstitucional.

Por ese motivo, a pesar de la competencia legislativa para definir los límites entre ambas jurisdicciones y los mecanismos de coordinación correspondientes, esas reglas solo deben apuntar a formas “generales de cooperación lo más amplias posibles, de modo que se garantice la mayor libertad a que haya lugar, con el fin de respetar de manera eficaz los principios anotados, de modo que, se prefiera la ponderación de dichos mecanismos siempre sobre casos concretos”.

En un caso reciente, en el que una autoridad municipal pretendía establecer un procedimiento de renovación de juntas de acción comunal dentro de algunos cabildos, la Corte determinó, acogiendo la pretensión de las autoridades tradicionales indígenas, que un mecanismo de gobierno comunitario distinto a los tradicionales, e impuesto por autoridades externas, violaba el principio de autodeterminación de los pueblos y desconocía la jurisdicción de las autoridades indígenas (T-601 de 2011).[10]

La norma acusada excede la potestad de regulación de la coordinación de competencias entre las autoridades nacionales y la jurisdicción indígena, pues impone una “forma de limitación y superioridad de las primeras respecto de las segundas, que resulta contraria a la Constitución”. Además, refleja “una forma de etnocentrismo injustificado, y configura una manifestación ideológica de una cierta perspectiva homogenizante de la sociedad, que parte de una concepción de superioridad cultural, a favor de la cultura occidental mayoritaria frente a la cultura minoritaria de los pueblos indígenas, restando a estos su capacidad para autodeterminarse y conducir la solución de sus conflictos”.

Con todo, persiste la pregunta de qué mecanismo debe utilizarse para resolver las controversias a que alude la norma acusada, cuando las autoridades de los pueblos indígenas no logran una solución adecuada a la confrontación. La Corte debe definir una regla que consagre un mecanismo de solución de los conflictos que contemple el principio de maximización de la autonomía.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN.

Mediante concepto Nro. 5725 de 18 de febrero de 2014, y en ejercicio de sus facultades constitucionales, el Procurador General de la Nación emitió su concepto de rigor.

Después de una breve alusión a las sentencias T-254 de 1994[11] y C-139 de 1996,[12] el Procurador sostiene que el artículo demandado desconoce la jurisdicción indígena y debe ser declarado inexecutable, pues viola los artículos 1º, 7º, 8º y 246 de la Constitución Política. Este es el fundamento central de su intervención:

“(…) En este orden, es fácil deducir que la norma acusada, que fue expedida con anterioridad a la Carta Política de 1991, no previó la jurisdicción especial indígena que sí fue contemplada en el artículo 246 de dicho ordenamiento, pues le atribuyó a las autoridades del orden territorial (sic) competencia para resolver las controversias que se suscitaran entre miembros de una misma comunidad, o de éstos contra los Cabildos, lo cual actualmente riñe con el principio del pluralismo y desconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

Acorde con esa argumentación, solicitó declarar la inexecutable de la norma demandada.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política, la Corte es competente para conocer de la presente demanda.

Aclaración preliminar

La Sala considera pertinente establecer desde el comienzo de la exposición algunas precisiones relacionadas con el uso de determinadas expresiones, pues en este escenario constitucional, la existencia de desacuerdos sobre el sentido de las palabras podría generar dudas acerca de la adecuación del discurso al principio de no discriminación.

Al modo de estipulaciones, la Sala aclara que (i) se referirá a los pueblos indígenas indistintamente como pueblos originarios, pueblos aborígenes (es decir, que se hallaban en los orígenes de la formación del Estado), comunidades indígenas y comunidades étnicas. Se pasará por alto cualquier posible discusión sobre el contenido semántico o la carga emotiva de esas expresiones, pues en este trámite serán utilizadas como sinónimos.

Cuando se utilice cualquiera de esas expresiones, la Corte se estará refiriendo a comunidades que se auto definen como culturalmente diversas y étnicamente indígenas, sin distinguir entre aquellas que poseen un mayor o menor grado de conservación de sus tradiciones; las que mantienen interacción constante con la sociedad mayoritaria y por lo tanto han permeado sus costumbres con las del grupo mayoritario, y las que se hallan en proceso de reconstrucción de su identidad.

Segundo, la Corte utilizará la expresión “sistemas de derecho propio” para referirse a los órdenes normativos que el artículo 246 Superior protege. La Corporación es consciente de que las comunidades indígenas defienden tanto la aplicación de la ley de origen, expresión que alude a un derecho natural previo al derecho positivo, y al derecho consuetudinario de cada comunidad como el derecho propio, esto es, el que se desarrolla en su interior. Dejando de lado las diferencias entre estos conceptos, la Sala se referirá al producto de la facultad de crear, modificar o conservar sus sistemas de regulación, como derecho propio.

Por supuesto, puede pensarse que cada comunidad mantiene en sus órdenes de regulación tanto el derecho de origen como el derecho propio (o bien que el primero es fuente del segundo, que el segundo contiene al primero). En ese orden de ideas, esta aclaración no tiene como finalidad dilucidar el sentido de esas expresiones, pues asumir esa tarea implica ya una intromisión en la autonomía de los pueblos indígenas, sino facilitar la exposición ulterior.

De otra parte (tercero), se utilizarán indistintamente las expresiones “usos y costumbres”, “normas y procedimientos propios” y “derecho propio” para referirse a los modos de regulación social de los pueblos indígenas, a los que hace referencia el artículo 246 de la Constitución Política[13].

En el mismo sentido (cuarto) se hará referencia al sistema jurídico nacional y a sus autoridades para diferenciarlo de los sistemas de derecho propio y las autoridades tradicionales indígenas. Se advierte también que esta expresión puede ser equívoca, si se entiende que con ella se excluye a los pueblos indígenas (su derecho y sus autoridades) de la nación colombiana. Cada uno de sus derechos es también derecho nacional, pues los pueblos indígenas y los miembros de cada comunidad son a la vez colombianos. La unidad nacional y la diversidad étnica y cultural son precisamente la causa de la tensión constitucional que deberá la Sala resolver en esta oportunidad.

Problema jurídico planteado

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala Plena de la Corte Constitucional determinar si el artículo 11 de la Ley 89 de 1890, al conferir a los alcaldes municipales y otras autoridades administrativas (prefectos y gobernadores) la competencia para dirimir conflictos surgidos entre indígenas de una misma comunidad indígena, o entre estos y el cabildo de la comunidad correspondiente, desconoce el artículo 246 de la Constitución Política, norma que establece el derecho fundamental de las comunidades indígenas de resolver los asuntos internos mediante la aplicación de normas y procedimientos propios.

Con el propósito de dar respuesta al problema, la Sala (i) presentará una reseña del marco normativo constitucional relativo a los principios de diversidad cultural y pluralismo jurídico; (ii) mencionará las subreglas que ha establecido en su jurisprudencia para determinar los

límites a la autonomía indígena y los criterios de coordinación entre los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas y el sistema jurídico nacional; en ese marco, (iii) analizará el cargo de la demanda.

Cuestión previa. Vigencia de la norma demandada.

En relación con la vigencia de la normatividad previa a la Constitución Política de 1991, esta Corporación ha establecido en jurisprudencia constante dos reglas generales de análisis, de acuerdo con las cuales (i) la Carta de 1991 entró en vigencia con efecto general inmediato; y (ii) después de su promulgación, se presume la subsistencia de la legislación persistente. Además, en el caso de normas derogadas, ha señalado que resulta procedente pronunciarse sobre su constitucionalidad, en caso de que estas continúen produciendo efectos.

Así, en la sentencia C-571 de 2004[14] explicó la Corporación que la primera regla se desprende de la literalidad del artículo 380, según el cual la Constitución comenzó a regir a partir de su promulgación, mientras que la segunda se explica principalmente en razones de certeza, seguridad jurídica y protección de situaciones consolidadas.

“Para este Tribunal, en la medida que el nuevo Estatuto Superior no consagró una cláusula general o especial de derogatoria de la normatividad preconstitucional, lo que hace su normatividad es producir un efecto retrospectivo sobre la legalidad preexistente, que implica proyectarle en forma automática todos sus mandatos superiores, de modo que aquella sólo esta condenada a desaparecer cuando sus normas no armonicen con las nuevas reglas constitucionales o cuando hayan sido modificadas o sustituidas por estas últimas.” (C-571 de 2004[15]).

En ese sentido, para la Corporación es claro que el tránsito constitucional no condujo a la derogatoria de las normas expedidas durante la Constitución derogada y que la legislación preexistente conserva su vigencia en todo lo que no se oponga a las normas superiores de la Constitución Política. Con ello, además, se satisfacen los principios de certeza y seguridad jurídica, y se evitan traumatismos y dudas acerca de la aplicación de las norma pre constitucionales.

Ahora bien, en cuanto a las normas previas que se opongan a la Carta Política, también

aclaró la Corte desde sus primeros fallos, y en jurisprudencia constante, que solo podría verse afectada la validez de esta legislación, si la incompatibilidad con la Carta resultara manifiesta e insuperable, y no a partir de simples diferencias entre el texto legal correspondiente y la Constitución. Añadió la Corte que “Dicha posición es la que mejor interpreta el mandato contenido en el artículo 9° de la Ley 153 de 1887, el cual, reconociendo el valor normativo de los textos constitucionales, prevé que “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente”, y que toda preceptiva legal anterior a la Carta se desechará como insubsistente, cuando “sea claramente contraria a su letra o a su espíritu”. [16] (Subrayado en el texto).

La presunción de vigencia de la legislación existente y la necesidad de que esa vigencia solo se afecte cuando se presente una contradicción evidente entre esta y la Constitución tiene como consecuencia el que esa incompatibilidad deba ser declarada judicialmente por el órgano competente, en lugar de considerarla desaparecida, por derogatoria tácita.

“3.4. Ahora bien, si la posición dominante es la que propugna por la vigencia de la legislación preexistente, la definición sobre la insubsistencia de una norma anterior que se encuentre en abierta contradicción con la Constitución, requiere necesariamente de la declaratoria de inconstitucionalidad, excluyéndose la posibilidad de dictar un fallo inhibitorio por carencia actual de objeto, ante la presunta ocurrencia del fenómeno jurídico de la derogatoria tácita.

3.5. Conforme con la línea de interpretación acogida por la Corte, cuando se genera un conflicto entre normas de distinto rango, siendo la norma superior también la posterior, en estricto sentido no se está en presencia de un caso de derogatoria tácita, sino de invalidez sobrevinida de la preceptiva inferior. Es claro que, aun cuando para resolver tal incompatibilidad convergen los dos principios *lex posterior derogat prior* y *lex superior derogat inferior*, como se anotó, razones de seguridad jurídica impone que tal antinomia se resuelva aplicando preferentemente el criterio jerárquico sobre el temporal, debiendo el interprete autorizado proceder a declarar la invalidez de la norma que genera el conflicto.

3.6. La declaratoria de invalidez por vía del control constitucional se explica en estos casos, y prevalece sobre la institución de la derogatoria tácita, por dos razones fundamentales, consustanciales al principio de seguridad jurídica.

- La primera, por el hecho que la preceptiva constitucional suele emplear conceptos demasiado abiertos y generalmente imprecisos en su estructura técnica y en su eficacia normativa directa (como ocurre por ejemplo con la igualdad, la autonomía de las entidades territoriales o la libertad, entre otros), lo cual hace que su significado jurídico no sea en la mayoría de los casos fácilmente detectable por los distintos operadores y oponible a las disposiciones legales precedentes, que por lo general suelen regular de manera más específica y explícita una determinada materia y, por ello, no contienen en sus textos una simple enunciación de principios al estilo de las cláusulas constitucionales.

- La segunda, estructurada en los efectos que genera la derogatoria tácita, en el sentido que si bien por su intermedio se limita en el tiempo la vigencia de una norma, esto es, se suspende su aplicabilidad y capacidad regulatoria, en todo caso el precepto sigue amparado por una presunción de validez (específicamente tratándose de aquellas situaciones ocurridas bajo su vigencia y hasta tanto no exista pronunciamiento por vía de autoridad que avale su derogatoria). En estos eventos, la discrecionalidad judicial y la ausencia de mecanismos de unificación de jurisprudencia pueden conducir a que, al momento de determinar su utilización, se produzcan consecuencias muy diversas respecto de casos idénticos. Así, mientras un operador jurídico detecta la incompatibilidad normativa y opta por inaplicar el texto que considera sin efectos, el otro intérprete puede llegar a concluir lo contrario, es decir, que dicha incompatibilidad no tiene lugar, procediendo a aplicar la misma norma para definir una situación fáctica similar a la anterior.

3.7. Bajo estos supuestos, se explica entonces que el órgano de control constitucional haya optado por proferir decisión de fondo en todos los casos de confrontación entre la legislación preexistente y la Constitución del 91, excluyendo de plano el fallo inhibitorio por derogatoria tácita cuando existe oposición objetiva entre una y otra, caso en cual lo que procede es la declaratoria de inexecutable de la respectiva norma".[17] (Subrayado en el texto).

Por otra parte, y en relación con la derogatoria de las normas y el control de constitucionalidad, la Corporación ha establecido que posee competencia para pronunciarse (i) sobre normas vigentes o (ii) sobre normas derogadas, siempre que estas continúen produciendo efectos jurídicos.

En ese marco, ha aclarado también que una norma puede ser derogada de forma expresa, cuando una ley posterior así lo indica; de manera tácita, cuando su contenido normativo resulta incompatible con el de una ley posterior que regular el mismo supuesto de hecho, o cuando la materia que trataba es regulada integralmente por otra disposición[18].

El artículo 11 de la Ley 89 de 1890, que es la disposición demandada en esta oportunidad, previó una competencia específica en cabeza de autoridades administrativas para dirimir conflictos sobre el uso de tierras entre miembros de las comunidades indígenas, o entre estos y sus cabildos.

Antes de abordar el problema de fondo, la Sala debe determinar si esta norma se encuentra vigente, pues en caso de hallarse derogada o haber sido declarada inconstitucional previamente, en principio, ello derivaría en la carencia actual de objeto sobre el cual pronunciarse, salvo en caso de demostrarse que aún podría hallarse produciendo efectos jurídicos.

La Ley 89 de 1890 es un ordenamiento centenario, conocido antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 como Estatuto Indígena. De acuerdo con estudios historiográficos recientes, se profirió como un compendio normativo paralelo al Código Civil (adoptado por Ley 57 de 1887), con el propósito de establecer una regulación legal especial para quienes se consideraba en ese momento histórico que debían ser incorporados a la “vida civilizada”.

Como se explicará al analizar el caso concreto, esa ley tuvo una importancia histórica notable para la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, a partir de una recepción hermenéutica promovida por los propios líderes de estas comunidades, lo que explica que sea continuamente invocada para efectos de defender derechos territoriales o de autonomía, junto con normas recientes, de rango constitucional y de derecho internacional.[19]

Esta Ley no ha sido objeto de derogación expresa, ni se ha dictado un estatuto integral que regule la materia sobre las competencias para dirimir conflictos internos de comunidades indígenas. En efecto, el artículo 246 de la Carta Política confiere a los pueblos indígenas la potestad de decidir sus asuntos de conformidad con normas y procedimientos propios, y ordena al Legislador promulgar una ley de coordinación para definir los conflictos

que se susciten entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena.

La Ley de coordinación prevista por el constituyente, sin embargo, no ha sido aún promulgada, por motivos que no corresponde analizar a la Sala, pero que de forma general obedecen a las dificultades que ha encontrado el Congreso de la República para definir una ley que permita coordinar el derecho de más de 90 pueblos indígenas, respetuosa de sus diferencias, y a la vez lo suficientemente operativa para solucionar tales discusiones.

El carácter especial de la Ley 89 de 1890, concebida como un código especial para las personas y las comunidades indígenas, el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional indígena por parte del Constituyente de 1991, y la ausencia de una ley que haya decidido sentar reglas de competencia en materias internas de los pueblos indígenas, explican entonces que la Ley se encuentre aún vigente.

De otra parte, en esta oportunidad se plantea la existencia de una incompatibilidad evidente entre el artículo 11 de la Ley 89 de 1890 y el artículo 246 de la Constitución Política, lo que podría llevar a la conclusión de que la Carta derogó tácitamente la norma demandada.

Sin embargo, según la jurisprudencia constitucional reiterada, la promulgación de la Carta involucra una presunción de vigencia de la Legislación preexistente y no la derogatoria tácita de las normas legales contrarias a la Carta. Además, dado el carácter genérico de las normas constitucionales (el cual también caracteriza al artículo 246 Superior), y la defensa de las situaciones jurídicas consolidadas bajo normas previas, también tiene sentado la Corporación que en esos eventos es preciso un pronunciamiento de fondo sobre la disposición demandada, por parte del órgano judicial encargado del control de constitucionalidad de la norma previa.

Si bien esas consideraciones resultan suficientes para abordar el fondo del problema, no sobra advertir que la Ley 89 de 1890 ya ha sido analizada en sede de control abstracto por esta Corporación, en la sentencia C-139 de 1996[20], en la que no se puso en duda su vigencia; y que el Ejecutivo también ha ejercido, en tiempos recientes, su potestad reglamentaria partiendo de la vigencia de la ley, como lo demuestra el Decreto 1088 de 1993, “por el cual se se regula la creación de las asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas”, invocándose como fundamento normativo la Ley 89 de 1890.

En la citada sentencia C-139 de 1996[21], la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos 1º, 5º y 40 de la Ley 89 de 1890.

Ello implica que, al menos en principio, autoridades administrativas municipales podrían considerarse competentes para resolver los citados asuntos territoriales, surgidos dentro de un resguardo, comunidad o parcialidad indígena. La Defensoría del Pueblo sostiene que se requiere la intervención del juez constitucional para evitar los efectos que tendría su aplicación para la autonomía indígena, y es ese precisamente el problema jurídico que abordará esta Sala.

Así las cosas, la ausencia de derogatoria (expresa, orgánica o tácita) del artículo 11 de la Ley 89 de 1890, la posibilidad de que esta norma sea aplicada en casos concretos, y el hecho de que los operadores jurídicos, incluida esta Corporación nunca han discutido su vigencia, hace imprescindible continuar con la definición del problema jurídico, y el estudio de fondo del cargo propuesto en la demanda.

Marco normativo de la diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia.

1. La Constitución Política de 1991 reconoce a los pueblos indígenas la titularidad de derechos fundamentales, destinados a asegurar su supervivencia como grupo social, y la permanencia de su cultura. Estos derechos giran en torno a los principios de autodeterminación de los pueblos, propiedad colectiva de los territorios ancestrales, autonomía para la definición de sus “formas de vida buena” y participación en los asuntos públicos que les conciernen.

2. En ese sentido, la Constitución señala en su artículo 1º que el pluralismo y la participación son principios fundantes del orden democrático. En el artículo 13 incorpora un concepto amplio de igualdad, en el cual su faceta formal (igualdad ante la ley y prohibición de discriminación) se conjuga con una perspectiva material, asociada a la obligación de dar un trato especial, de carácter favorable, a personas y grupos vulnerables o en condición de debilidad manifiesta.

Además, la Constitución defiende la diferencia (igualdad en la diferencia), al establecer el reconocimiento y protección de la identidad cultural (art. 7º CP), el igual respeto por todas

las culturas y la dignidad intrínseca de sus modos de ver el mundo (Art. 70 CP). Con base en esos derroteros, fijados desde el momento constituyente, Colombia se descubre como una nación conformada por grupos sociales diversos, que valora positivamente las diferencias culturales y las considera un bien susceptible de protección constitucional[22].

3. Una de las formas más relevantes para la preservación de sus culturas, es la defensa de derechos territoriales especiales de las comunidades. De una parte, estos derechos reconocen la especial relación de los pueblos originarios con el medio ambiente, los recursos y las tierras que habitan y que asocian a valores sociales, religiosos y económicos.

La protección de las tierras indígenas parte del reconocimiento de la propiedad colectiva sobre los territorios ancestrales, y la exclusión de esos bienes del comercio y de otras formas de apropiación por parte de terceros, al otorgarles los atributos de imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad (Artículo 63, CP).

En ese marco, el ámbito territorial de los pueblos indígenas constituye el escenario más valioso para la defensa de la autonomía y la cultura los pueblos originarios.

Concretamente, el artículo 286 (CP) prevé la facultad de los pueblos originarios de adoptar las decisiones relacionadas con su estructura política, económica, cultural, religiosa y territorial, mientras el artículo 246 de la Carta -cláusula que opera en esta oportunidad como el parámetro esencial de control- les confiere en términos muy amplios la potestad de administrar justicia en su territorio mediante normas y procedimientos propios, aspecto que se retomará en párrafos posteriores.

5. Pero la Constitución Política, y especialmente su parte dogmática (los derechos fundamentales y los principios sobre los que se erige el orden político) no se agota en su texto.

De acuerdo con el concepto de bloque de constitucionalidad, los artículos 93 y 94 Superiores permiten la incorporación de normas no explícitas en el texto constitucional, por diversas vías: en virtud del primero de ellos, los tratados y convenios de derechos humanos ratificados por el Congreso, y no susceptibles de suspensión en estados de excepción, se incorporan al orden interno como normas de jerarquía constitucional; mientras que, en

virtud del segundo inciso, todo el corpus iuris de los derechos humanos opera como pauta de interpretación de los derechos reconocidos en la Carta Política.

Además de ello, la lista de derechos existente en la Constitución y los tratados mencionados no supone una enumeración exhaustiva de los derechos humanos. Como lo indica el artículo 94, esos listados no comportan el desconocimiento o negación de otros derechos, no explícitos, pero inherentes a la dignidad humana.

6. Por esa razón, la Corte ha invocado constantemente diversos instrumentos que, en el ámbito del DIDH, desarrollan el alcance de los derechos de las comunidades indígenas, especialmente, el Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El primero, como parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto[23].

7. En algunos pronunciamientos aislados la Corte también ha invocado el Convenio 107 de 1957 de la OIT, como parte del bloque de constitucionalidad. Sin embargo, debe aclararse que esa afirmación resulta problemática por diversas razones. La primera es que Colombia denunció tras ratificar el Convenio 169 de 1989 de la misma Organización, lo que de forma evidente debe entenderse como la voluntad jurídica de no mantenerlo en el orden interno.

La segunda –seguramente asociada a esa denuncia– es que el Convenio 107 de 1957, a pesar de su importancia histórica como la primera norma convencional destinada a la protección de los derechos de los pueblos originarios representa también un paradigma del derecho internacional muy distinta a la que actualmente defiende la comunidad internacional y la Constitución Política. En efecto, el Convenio 169 de 1989 surgió como una revisión del 107 (citado) en la que participaron los pueblos indígenas y que puede considerarse como estructural en la medida en que después de ser aprobado el Convenio 169 de 1989, el anterior Convenio 107 ya no se hallaba dispuesto para su ratificación.

De forma muy sucinta, la OIT cifra la diferencia entre ambos convenios en que (i) el convenio 107 se basa en el supuesto de que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la ‘modernización’, mientras que el Convenio 169 las concibe como sociedades permanentes; (ii) el Convenio 107 utiliza la

expresión 'poblaciones' indígenas y tribales, en tanto que el 169 habla de 'pueblos' indígenas y tribales, diferencia relevante en tanto el principio de autodeterminación, cardinal en el derecho internacional, no se predica de poblaciones sino de pueblos; y (iii) el Convenio 107 fomentaba la integración de las comunidades étnicas a la sociedad mayoritaria, mientras que el 169 gira en torno al respeto por la diferencia y la autonomía.[24]

Evidentemente el Convenio 107, orientado a fomentar el "desarrollo" de los pueblos indígenas representaba un avance en la defensa de los derechos de sus titulares, si se compara con el exterminio histórico o la catequización forzosa de las comunidades étnicas. Pero la perspectiva del Convenio 107 denominada asimilacionista pretendía conservar en términos físicos a las comunidades, privándolas sin embargo de una existencia cultural diversa.[25]

8. En ese marco constitucional, esta Corporación tiene establecido desde la sentencia T-380 de 1993 que: (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos; y (iii), los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos[26]; y (iv) la acción de tutela es un mecanismo judicial adecuado, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad.[27]

10. Ahora bien, los derechos de los pueblos indígenas y los principios y valores sobre los que se edifican (igualdad, diversidad, pluralismo y participación, principalmente) pueden entrar en colisión con otros principios elevados al rango de norma constitucional.[28]

Esas tensiones revelan las dificultades del compromiso constitucional de reconocer la igualdad incluso frente a diferencias radicales, y plantean el reto cardinal de hallar vías de solución legítimas a esos conflictos en un orden constitucional pluralista. Si se acepta la coexistencia de diversas formas de ver el mundo, incluso radicalmente diferentes entre sí, el juez constitucional deberá hallar métodos para resolver esos problemas sin sacrificar de forma excesiva ningún principio de la Constitución.

En esa dirección, desde las primeras ocasiones en que la Corte Constitucional abordó

casos asociados a la vigencia y efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, precisó que su reconocimiento comporta tensiones entre unidad y diversidad, o entre el universalismo (implícito en la universalidad de los derechos humanos) y el relativismo ético, que ordena la tolerancia de concepciones morales incompatibles.

Esas dificultades se proyectan también en la manera de concebir el desarrollo, los modos de producción y las prioridades económicas y sociales de los pueblos indígenas frente a las que asume el grupo mayoritario. En ese sentido, puede afirmarse que el pluralismo y el multiculturalismo están atravesados de contradicciones, pero el Estado constitucional de derecho las asume como síntoma de fortaleza de una sociedad democrática y participativa[29].

Con esa idea en mente, la Sala recuerda la jurisprudencia sobre alcance, métodos de interpretación y límites asociados al ejercicio de la autonomía indígena, con énfasis en el ejercicio jurisdiccional propio.

Los límites a la autonomía indígena.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida en relación con los criterios más relevantes para la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas y la solución de conflictos entre estos y los derechos individuales de sus miembros. En esta oportunidad, la exposición gira en torno a tres fallos en los que, recientemente, se han efectuado reiteraciones con ánimo sistemático de las subreglas desarrolladas por la Corporación. Estas sentencias son la T-514 de 2009,[30] en la que se efectúa una actualización de la jurisprudencia unificada ya en la decisión SU-510 de 1998,[31] T-617 de 2010,[32] sobre los factores para decidir conflictos de competencia entre autoridades del sistema jurídico nacional y la jurisdicción indígena, y T-1253 de 2008,[33] en la que se discutió la pertinencia de la intervención del juez de tutela en conflictos particularmente intensos, que amenazan con la división de las comunidades indígenas.

Para mantener un orden expositivo adecuado, en primer término se hará referencia a los criterios generales de interpretación que debe observar el juez constitucional en este tipo de trámites; posteriormente, a los límites específicos que enfrenta la autonomía indígena; y finalmente, a las pautas para la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Ese será el marco utilizado, tanto para dar respuesta al problema jurídico, como

para avanzar una respuesta inicial a las distintas inquietudes surgidas en el proceso participativo iniciado por la demanda de la referencia.

Criterios generales de interpretación, en conflictos constitucionales que involucran la autonomía jurisdiccional indígena.

11.1. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)[34]: de acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía[35]. (iii) La evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad[36].

11.2. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión, como lo ha explicado la Corte (Sentencia T-496 de 1996[37]).

11.3. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.

Este principio fue formulado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos: “La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los

extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

En la sentencia T-514 de 2009,[38] la Corporación consideró pertinente efectuar algunas aclaraciones sobre su alcance, a raíz de la experiencia acumulada desde 1994 en el estudio de casos concretos, y de la constatación de que una interpretación inadecuada de ese principio podría llevar a concebirlo como una autorización para desconocer la autonomía de las comunidades con bajo nivel de conservación cultural, lo que resultaría incompatible con los mandatos de igualdad entre culturas y no discriminación. (Artículos 70 y 13 de la Constitución Política).

En tal fallo, se estableció que el principio no puede concebirse como una prescripción dirigida a los jueces para dar mayor protección a la autonomía de ciertos grupos indígenas (los de mayor conservación o aislamiento), sino como una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos originarios, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de “traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa”.

Es decir que, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y enfrenta una necesidad mayor de valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que ese acercamiento puede efectuarse de manera menos rigurosa frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario. Sin embargo, precisó la Corte, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones:

“La decisión de una comunidad indígena con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado, que la decisión de otra comunidad con alta conservación de sus tradiciones, en la dirección de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria”[39] (...) “En ningún caso (...) está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas al derecho mayoritario -o viceversa- es de mayor

entidad en el segundo caso”.

De igual forma, la mayor o necesidad de “traducción” de las normas de un derecho a otro no implica en ningún caso que pueda pretermitirse el diálogo intercultural, ni que el juez de tutela deba omitir la incorporación de elementos probatorios que lo lleven a conocer de la mejor manera posible las características e implicaciones culturales del caso. Como criterio de interpretación, exclusivamente constituye una guía para que el juez tome en consideración la naturaleza de las pruebas que requiere, al momento de aproximarse a sistemas jurídicos en un contexto en que el pluralismo comprende sistemas jurídicos de más de 100 pueblos originarios distintos (con todas las variantes que se pueden dar entre comunidades de un mismo pueblo).

12. Conflictos normativos o colisiones de principios en la aplicación de la autonomía jurisdiccional indígena.

Este acápite retoma los elementos que esta Corte ha considerado explícitamente como límites a la autonomía de las comunidades indígenas. Se trata de la respuesta que este Tribunal Constitucional ha desarrollado en cuanto a la forma de abordar las colisiones entre derechos de los pueblos indígenas y derechos de sus miembros.

12.1. El artículo 246 de la Constitución Política prevé que la autonomía jurisdiccional comporta la potestad de crear normas y procedimientos para resolver los conflictos de las comunidades, siempre que no se opongan a la Constitución y la Ley. En la primera aproximación que se efectuó al sentido de esa disposición, la Sala Tercera de Revisión estimó que la autonomía jurisdiccional resultaba prevalente frente a normas legales dispositivas; pero en cambio, debía ceder en caso de incompatibilidad con cualquier norma constitucional o legal imperativa. (T-254/94, de Ananías Narváez contra comunidad indígena de El Tambo).

12.2. En un término relativamente breve, mediante sentencia T-349 de 1996 (caso de Ovidio González Wasorna contra la Asamblea General de Cabildos Indígenas Chamí, Crir), la Corte planteó una posición en buena medida incompatible con la asumida en El Tambo.

Consideró que limitar la autonomía indígena frente a cualquier norma legal o constitucional resultaría inconsistente con la decisión constituyente de elevar la autonomía jurisdiccional

indígena a derecho fundamental, pues (i) no puede defenderse la jerarquía y la fuerza normativa de la Constitución si sus normas son desplazadas por todo mandato legal imperativo y (ii) como no existe un orden jerárquico preestablecido entre las cláusulas superiores de la Carta, tampoco puede preverse, en abstracto, que una norma Superior, el artículo 246 en este escenario, puede ser desplazada por cualquier otra cláusula Superior.

Consecuentemente, la Sala Cuarta de Revisión planteó que la autonomía de las comunidades debe respetarse al máximo y que solo puede ser limitada frente a lo verdaderamente intolerable, a partir de un consenso intercultural de la mayor amplitud posible. De esa reflexión, nació el principio de maximización de la autonomía, que con el tiempo se convirtió en el criterio de interpretación más relevante en este tipo de procesos.

Al momento de hacer explícito cuál es ese contenido de lo verdaderamente intolerable[40], la Sala citada afirmó que existe un consenso lo suficientemente amplio en torno a la inviolabilidad de (i) el derecho a la vida, (ii) la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, (iii) la prohibición de servidumbre y (iv) el debido proceso. Ese conjunto de normas constituyen límites inviolables para cualquier autoridad judicial, incluidas las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, cuando asumen el ejercicio de su jurisdicción.

En otras palabras, en el caso de Ovidio González Guasorna contra el Crir (T-349/96) la Corte explicó que si bien el artículo 246 (CP) se refiere a la Constitución y la Ley como límites a la jurisdicción especial indígena, la autonomía no puede ser restringida por cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano puramente retórico[41].

Las decisiones T-254 de 1994 (Ananías Narvárez contra El Tambo) y T-349 de 1996 (Ovidio González Guasorna contra el Crir) plantean entonces dos visiones distintas de la autonomía.

La primera acepta que existe un reconocimiento para la resolución de conflictos internos en la Constitución Política, pero estima que es una potestad subordinada de forma absoluta no solo a los demás principios constitucionales, sino a lo que denominó las normas legales

imperativas. La segunda destaca que no puede concebirse una norma constitucional cuyo contenido pueda ser completamente desplazado por normas de rango inferior ni por las demás normas de su misma jerarquía y, por lo tanto, propone un espacio de autonomía particularmente amplio y expansivo para las comunidades indígenas, e indica que los límites solo pueden hallarse en lo “verdaderamente intolerable”, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible.

12.3. Esas perspectivas encontradas llevaron a la Corte a proferir la decisión de unificación SU-510 de 1998 (Ipuc contra el pueblo arhuaco). Esta sentencia se originó en un conflicto entre indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta del pueblo arhuaco o ika, en el que surgieron divisiones derivadas de la adhesión de un amplio grupo de indígenas de la comunidad al culto cristiano de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (Ipuc).

La queja constitucional fue presentada precisamente por los indígenas arhuacos miembros de la Ipuc y se relacionaba con la presunta existencia de un trato discriminatorio en su contra, y de la imposición de castigos por parte de las autoridades tradicionales del resguardo (los mamos), derivado exclusivamente de su decisión de profesar la fe cristiana.

La Corte no halló comprobada la presunta discriminación que dio origen a la acción de tutela, señaló que cada uno de los miembros de la comunidad debería tener derecho a ejercer su libertad religiosa sin hacerse merecedor de una sanción por ese hecho; pero también concedió protección al derecho a la comunidad a la propiedad colectiva sobre su territorio, indicando que sin autorización de la comunidad no podría ni abrirse un templo de la Ipuc dentro del territorio arhuaco, ni adelantarse las prédicas correspondientes.[42]

La Sala Plena decidió acoger entonces las subreglas planteadas en los fallos previos, y sostuvo acerca de los límites, que:

“Según la jurisprudencia de la Corte (...), la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos ‘a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre’. || En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud

(C.P., artículo 17) y por la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas”. [43]

12.3. Posteriormente, la Corte recordó en la citada SU-510 de 1998 que los derechos fundamentales son mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades [44]:

“La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad” [45]

13. En la sentencia T-514 de 2009, [46] reiterada, explicó la Corporación que esa exposición (es decir, la presentada en la SU-510 de 1998) podría llevar a concluir que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, en tanto mínimos de convivencia social.

Pero esta forma de ver las cosas, explicó la Corte, conduce a cierta perplejidad, pues los derechos núcleo duro son también derechos fundamentales (es decir, también hacen parte de los derechos reconocidos en la Constitución Política). Y siendo así, no resultaría clara la presentación de dos categorías de límites, una definida de manera muy estricta como lo

verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural de la mayor amplitud posible; y la otra, expuesta de manera más amplia, que asocia el conjunto de derechos fundamentales a mínimos de convivencia.

En la sentencia T-514 de 2009, antes citada, la Corporación se ocupó de despejar esta dificultad hermenéutica, valiéndose del principio de efecto útil, según el cual debe preferirse una interpretación de los textos normativos que les confiera autonomía semántica y eficacia normativa, frente a una que los considere redundantes o inocuos.

La Corte explicó que el “núcleo duro” es un límite absoluto, que trasciende cualquier ámbito autónomo de las comunidades indígenas y debe imponerse ante cualquier tipo de decisión que adopten, aunque la evaluación sobre su trasgresión, en cada caso, deba tomar en consideración los aspectos culturales relevantes[47]. Por su parte, los derechos fundamentales son “mínimos de convivencia” que deben ponderarse en cada caso[48].

El uso de la ponderación obedece, primero, a la ausencia de una jerarquía entre derechos fundamentales (los individuales y los de la comunidad); segundo, plantea la necesidad de analizar los límites entre unos y otros solo en el marco de las circunstancias de cada caso, lo que resulta particularmente útil en materia de diversidad, donde las diferencias entre cada pueblo y cultura pueden adquirir relevancia; por el contrario, tercero, permite establecer reglas jurisprudenciales de decisión (subreglas), que pueden servir de guía a los jueces constitucionales que aborden colisiones normativas semejantes[49].

Además, el principio interpretativo de maximización de la autonomía de las comunidades opera en la ponderación como un factor que aumenta el “peso en abstracto” de la autonomía indígena[50], lo que significa que el desplazamiento de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, incluida su autonomía jurisdiccional, en un caso concreto solo es constitucionalmente válido si existen argumentos fundados y razonables para considerar que la afectación de los demás principios es particularmente grave, o si existe certeza sobre la ocurrencia de esa restricción, en tanto que la evidencia de afectación a los derechos de la comunidad es incipiente o precaria.

12.4. En sentencias recientes (T-1253 de 2008[51] y T-514 de 2009[52]) la Corporación ha señalado que existen ámbitos de autonomía en los cuales la intervención de órganos externos a las comunidades indígenas resulta particularmente nociva, pues puede

aumentar las tensiones entre las facciones en disputa o generar el rompimiento definitivo de sus relaciones y diálogos.

Esos escenarios se caracterizan por fuertes divisiones dentro de la comunidad, asociadas a la distribución de la tierra o al reparto y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones. En disputas de esa naturaleza, la intervención externa solo tiende a agravar el conflicto, pues supone la imposición del punto de vista de un tercero sobre temas que involucran la cohesión social del grupo.

La Corporación ha optado entonces por proteger la autonomía de las comunidades, sin optar por la posición de una de las partes en conflicto, sino promoviendo el agotamiento de nuevos espacios de participación y solución de conflictos. Entre esas alternativas puede evaluarse la intervención de comunidades cercanas, conocedoras de sistemas de derecho propio similares, asociaciones de cabildos, escuelas de derecho propio, médicos tradicionales, e incluso autoridades del Sistema Jurídico Nacional, siempre que esa mediación sea autorizada por la comunidad y los órganos que contribuyan en ella no pretendan imponer decisiones al grupo, sino facilitar el diálogo[53].

Aspectos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena y elementos estructurales del fuero indígena.

En este acápite la Sala presenta los criterios que la Corte Constitucional ha desarrollado para resolver conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional. Como consideraciones previas, es oportuno señalar que, como ha ocurrido con diversos derechos de los pueblos indígenas, junto con el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional, el constituyente previó la necesidad de una ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y los órganos del sistema jurídico mayoritario.

La expedición de esa ley ha resultado particularmente difícil, y ello obedece en buena medida al concepto mismo de pluralismo jurídico y diversidad cultural. En Colombia las comunidades indígenas tienen formas muy distintas de concebir el derecho, y su contacto con el derecho no indígena es más o menos amplio, así como las influencias que los órdenes jurídicos proyectan entre sí. Una ley de coordinación supone un acuerdo sobre cómo decidir las controversias acerca de si se presentan o no los elementos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena; y esos mecanismos deben ser apropiados para todas

esas comunidades, y aceptables desde su forma de ver el derecho.

La Sala Plena sentenció, desde la sentencia C-139 de 1996,[54] que la expedición de esa ley no es una condición para el ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades tradicionales. Y en ese orden de ideas ha desarrollado en su jurisprudencia diversos criterios para la interpretación del artículo 246, en lo atinente a la coordinación ínter jurisdiccional. Estos criterios no son categorías excluyentes, aplicables en una lógica de “todo o nada”. Son elementos para una valoración judicial adecuada que, en cualquier caso debe tener en cuenta los fines que persigue cada criterio y las subreglas desarrolladas por la Corte Constitucional en la materia.

Es importante indicar que la competencia para resolver conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, le corresponde al Consejo Superior de la Judicatura, en tanto órgano encargado por regla general de dirimir conflictos entre distintas jurisdicciones; sin embargo, la Corte Constitucional, en ocasiones interviene como intérprete autorizado de la Constitución Política, y órgano de cierre en relación con los derechos constitucionales.[55]

En términos generales, ambas corporaciones han desarrollado armónicamente el alcance del artículo 246. Sin embargo, es importante aclarar que la interpretación de esta Corte es prevalente sobre la del Consejo Superior de la Judicatura, debido a que se trata de la aplicación directa de una norma constitucional. Por ese motivo, si una decisión del Consejo Superior de la Judicatura la desconoce puede dar lugar a la procedencia de la tutela contra providencia judicial.

Finalmente, en la sentencia T-617 de 2010[57], en la que se basa esta reiteración, la Sala Novena recogió las subreglas y criterios de interpretación desarrollados previamente, y finalmente, las presentó en un cuadro, como anexo. En esta oportunidad, nuevamente se presentará el anexo citado, pues constituye la guía más adecuada para la comprensión de la jurisprudencia constitucional sobre la competencia de la jurisdicción especial indígena.

Desde la existencia de la Ley 89 de 1890, en el orden jurídico colombiano se explicó que la potestad conferida a las autoridades indígenas tenía como consecuencia el reconocimiento de un fuero indígena, es decir, el derecho de los miembros de la comunidad a ser juzgados por la comunidad. El fuero indígena, expresó la Corte en sus primeras sentencias, así como

la competencia de la jurisdicción especial estarían dados por la pertenencia del “acusado” a la comunidad, y la ocurrencia de los hechos dentro del territorio.

Sin embargo, con el paso del tiempo, fue preciso establecer nuevos elementos de análisis, que se relacionan principalmente con la eficacia del debido proceso, y la protección de los derechos a las víctimas. A continuación, se reitera lo expresado en la sentencia T-617 de 2010[58] sobre los elementos que definen la competencia de la jurisdicción especial indígena: (i) personal, (ii) territorial, (iii) objetivo y (iv) institucional.

13. El artículo 246 superior prevé la existencia de la jurisdicción especial indígena, en los siguientes términos:

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

Esa norma comprende, entonces: (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación interjurisdiccional, sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada.[59]

A continuación se recuerdan los factores que definen la competencia de la jurisdicción especial indígena.

16.1 Fuero indígena e inimputabilidad por diversidad cultural; factor territorial.[60]

El orden jurídico ha previsto un tratamiento jurídico diverso para las conductas adelantadas por miembros de comunidades indígenas, especialmente a partir de lo dispuesto en la Ley 89 de 1890, actualmente demandada; y de distintos ordenamientos penales en los que se ha previsto la “inimputabilidad por diversidad cultural” (IDC) y la reintegración al medio cultural como medida de seguridad.

En dos ocasiones (sentencia T-496 de 1996[61] y C-370 de 2002[62]), la Corporación se

pronunció acerca de la aplicación de ese tipo de regulaciones y de su conformidad con la Constitución Política. Destacó en ambas sentencias que la diversidad cultural no puede ser fundamento de inimputabilidad si esta se entiende de forma tradicional como imposibilidad para comprender la ilegalidad de un acto, o para comportarse de conformidad con ese comportamiento. Y en ese marco resaltó que nadie puede ser rehabilitado o curado de su cultura en un orden constitucional pluralista y protector de la diversidad como el colombiano.

En consecuencia, consideró la Corporación que el juez penal debe analizar en primer término si la diversidad cultural, o motivos asociados a la identidad étnica y cultural de la persona tuvieron incidencia en el hecho, evento en el que podría resultar procedente la absolución por error de prohibición, o bien la reintegración al medio cultural, pero con el único propósito de proteger la diversidad cultural y la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas.

En las sentencias T-496 de 1996 y T-728 de 2002, la Corte se refirió al fuero indígena, destacando su doble dimensión, en tanto derecho de las personas que reclaman una identidad étnica indígena a ser juzgadas de acuerdo con los sistemas de regulación de las propias comunidades, y garantía institucional de la autonomía indígena, en los siguientes términos: “(...) 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”, aspecto que fue reiterado y precisado en la sentencia T-728 de 2002, así: “El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...)”.

La Corte señaló, además, que para la configuración del fuero indígena no era suficiente la identidad étnica indígena del procesado, sino que debían acreditarse un elemento personal,

de acuerdo con el cual “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad”; y uno geográfico o territorial, “que permite a las comunidades indígenas juzgar conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas”.

La concurrencia de tales elementos daría lugar al juzgamiento del indígena por parte de las autoridades de su comunidad. Sin embargo, en ausencia de uno de esos factores, el juez encargado de dirimir el conflicto debería tomar en cuenta criterios como el grado de aculturación del sujeto o el nivel de aislamiento de la comunidad para definir a qué jurisdicción asignar la competencia, bajo parámetros de equidad y razonabilidad.

En la sentencia T-728 de 2002,[63] la Corte acumuló dos procesos de carácter penal en los cuales se presentaron hechos diversos, y un problema procedimental común: en cuanto a los hechos, uno de los casos se relacionaba con la investigación de un homicidio que tuvo lugar en medio de una riña entre miembros de una comunidad indígena; en el segundo caso, la investigación penal se originó en hechos relacionados con tráfico de estupefacientes. En el proceso, además, se acusaba a la mujer investigada de haber utilizado a su hija, menor de edad, para transportar los narcóticos sin ser detectada por las autoridades de policía.[64]

En el caso de estudio, el transporte de la sustancia ilegal trascendía los linderos del resguardo. La Sala consideró entonces imprescindible tener “en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente el juzgamiento del indígena por parte del sistema jurídico nacional”; o, en otros términos, evaluó si resultaba viable la activación del fuero indígena, en virtud de la IDC. Para la Sala Cuarta de Revisión, las circunstancias en que se dio la conducta, y especialmente el hecho de que la acusada hubiera utilizado a su hija para la consumación de un hecho punible que trascendió el ámbito territorial del resguardo, permitían concluir que conocía la ilicitud del acto en los mismos términos en que se concibe por la cultura mayoritaria, a raíz de la pérdida relativa de su identidad indígena, razones suficientes para remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

En la sentencia T-496 de 1996[65], ya citada, se habló por primera vez del elemento territorial como factor constitutivo del fuero indígena, junto con el personal. Como es

previsible, este factor indica que si la conducta objeto de investigación (o el conflicto, en términos más amplios) tuvo lugar dentro del territorio de una comunidad indígena, debe ser conocida por las autoridades de esa comunidad.

El factor territorial se desprende de la redacción del artículo 246 que confiere a los pueblos indígenas la potestad de aplicar justicia, normas y procedimientos propios (o los usos y costumbres) dentro de su “ámbito territorial”. La Corte Constitucional ha explicado que el ámbito territorial es un concepto que trasciende el espacio geográfico donde se establecen los límites de las tierras ocupadas por los pueblos indígenas, pues posee también un significado cultural. Hace referencia al espacio donde se desarrolla la cultura de cada comunidad, e involucra sus costumbres, ritos, creencias religiosas, modos de producción, entre otros.[66]

Esta consideración se fundamenta en que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se basan en el reconocimiento de la especial relación que guardan estos grupos humanos con los territorios que ocupan, y en que esa relación no se basa exclusivamente en la posesión, el dominio y la explotación, sino que posee un profundo contenido espiritual, religioso, o cultural.

Esta Corporación ha precisado que el derecho a la propiedad colectiva del territorio es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, que se origina por la posesión ancestral de las tierras indígenas de acuerdo con sus sistemas de derecho consuetudinario[67]. Los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos vienen insistiendo en la importancia del reconocimiento de sus territorios por parte de los Estados, y de la creación de mecanismos jurídicos adecuados para su identificación, protección y defensa, pues la violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, o la ausencia de esas garantías “puede implicar someterlos a situaciones de desprotección extrema que conllevan violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación y los derechos de los niños”.[68]

Estas consideraciones son suficientes para destacar la importancia que poseen los territorios para las comunidades indígenas, y resultan relevantes también para la solución del problema jurídico planteado, dado que la disposición objeto de censura confiere competencia a órganos administrativos para decidir asuntos relacionados con el manejo de

las tierras, al interior del ámbito territorial de los pueblos originarios. Es relevante destacar también que el concepto de ámbito territorial no se agota en la delimitación geográfica del territorio, sino que designa el espacio de significado cultural en que las comunidades ejercen la mayor parte de sus derechos autonómicos y de auto determinación.[69]

Por ese motivo, el momento de evaluar si se presenta una violación a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, que involucra su territorio colectivo, las distintas salas de esta Corporación han considerado siempre la configuración del territorio desde el punto de vista de ámbito territorial. También resulta relevante indicar que este aspecto debe ser analizado con cautela en casos que pueden ser calificados difíciles, por motivos culturales o de fuerza mayor, que hacen difícil ligar a una comunidad con un espacio plenamente delimitado por linderos geográficos. Ello ocurre, por lo menos, en las hipótesis de los pueblos nómadas, las comunidades desplazadas, o que han sufrido la ocupación de sus territorios y las comunidades urbanas que se hallan en procesos de re etnización o recuperación de costumbres y tradiciones[70].

La faceta institucional de la jurisdicción especial indígena: derechos de las víctimas y debido proceso.

En la providencia T-552 de 2003[71], la Corte Constitucional abordó una nueva dimensión de la jurisdicción especial indígena, relacionada con el papel de las víctimas en el proceso penal y el alcance del debido proceso del acusado. A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado.

El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional.

Esa institucionalidad es un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios- y para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento permite también conservar la armonía dentro de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas depende que se

restaure el equilibrio interno de la comunidad y que no se produzcan venganzas internas entre sus miembros o familias.

En la sentencia T-552 de 2003 (citada), este Tribunal revisó una acción de tutela interpuesta por el gobernador del cabildo indígena de Caquiona (etnia yanacona), quien alegó que el Consejo Superior de la Judicatura habría incurrido en una “vía de hecho” al decidir el conflicto de competencias entre las autoridades tradicionales y la jurisdicción ordinaria (especialidad penal) en un caso de homicidio y porte ilegal de armas ocurrido dentro del resguardo, y en el que tanto el agresor como la víctima eran miembros de la comunidad.

Durante el proceso penal el Cabildo del Resguardo caquiona y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior solicitaron remitir las actuaciones al resguardo, en tanto que el representante de la parte civil y los familiares de la víctima se opusieron al traslado del expediente. La participación de estos últimos puso sobre la mesa los derechos de las víctimas y la necesidad de determinar su alcance en el escenario constitucional de la justicia indígena.

La Corte consideró que la resolución de conflictos mediante los instrumentos previstos por cada comunidad, como elemento de garantía y conservación de las culturas aborígenes y medio para la satisfacción de los derechos de las víctimas, requiere la existencia de un mínimo poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo.

En lo atinente al contenido de los derechos de las víctimas, recordó este Tribunal que la jurisprudencia constitucional y regional (es decir, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ha establecido que estos derechos comprenden la verdad, la justicia y la reparación[72], e indicó que dentro de la jurisdicción especial indígena esos derechos deben entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad. A continuación la Sala profundizará en el alcance de los derechos de las víctimas en el escenario de los conflictos de competencia suscitados entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria:

a. En algunos procesos conocidos por esta Corporación en sede de revisión de tutela, ha sido posible constatar que ciertos sistemas jurídicos de los pueblos originarios contemplan formas para acercarse a la verdad basados en la reconstrucción colectiva de la memoria; otras, utilizan procedimientos o rituales destinados a la solución de un conflicto con la

participación de toda la comunidad, y prevén un amplio espectro de posibilidades de resarcimiento y armonización entre el agresor, la víctima y la comunidad.

Es para la Sala importante resaltar que esa sabiduría jurídica es precisamente la que protege el pluralismo jurídico y la diversidad cultural en Colombia. En las distintas formas de justicia indígena se conjugan no solo las normas creadas institucionalmente, sino también elementos como los sueños o la adivinación, lo que explica las dificultades que en ocasiones enfrenta el operador jurídico del sistema nacional para acercarse al derecho propio de cada comunidad.

Pero la Corte ha insistido en que esas formas de derecho, independientemente de sus profundas diferencias con el derecho nacional deben ser respetadas y protegidas, de manera que el juez del sistema nacional que deba acercarse a su contenido no debe concebirlo como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, sino que debe asumir esa aproximación con el mismo respeto con el que persigue obtener conocimiento del derecho de otro país[73].

En atención a lo expresado, al respeto por el principio de maximización de la autonomía, y al amplio número de culturas diversas y de formas jurídicas que en ellas se desenvuelven, el control (del juez de tutela o del juez encargado de dirimir el conflicto) sobre el respeto por los derechos de las víctimas debe orientarse, en principio, a constatar la existencia de una institucionalidad que permita la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la definición de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados. La verificación de conformidad entre el contenido del derecho propio y la Constitución escaparía entonces a una evaluación previa por un órgano externo. Una verificación de tal entidad, según se explicó en las sentencias T-552 de 2003[74] y T-514 de 2009[75] solo sería procedente ex post[76].

b. Un primer paso para establecer esa institucionalidad se concreta en la manifestación de la comunidad sobre su intención de conocer y aplicar sus procedimientos y normas tradicionales al asunto en cuestión. En ese sentido, ha señalado la Corte:

“[P]ara establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir

de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales (...) prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico”.

c. Sin embargo, después de que una comunidad manifiesta que está en capacidad de adelantar un tipo de juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes, sin que medien razones poderosas para ello, en consideración al principio constitucional de igualdad.

d. En casos que puedan considerarse como de “extrema gravedad” (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, la verificación sobre la vigencia del factor institucional de competencia debe ser más rigurosa, acudiendo, por ejemplo, a la práctica de pruebas técnicas, pero manteniendo presente que el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzgamiento; normas y procedimientos propios que aseguren el principio de legalidad en términos de previsibilidad y Procedibilidad como se explica en el siguiente apartado, y medidas de protección de las víctimas.

e. Por otra parte, la Corte acepta que el derecho propio no se limita a la conservación de sistemas ancestrales de regulación social, sino que permite la constante reconfiguración de esas formas jurídicas, la reconstrucción o la incorporación de elementos del derecho mayoritario, pues esas circunstancias son propias del dinamismo de toda sociedad, y se hallan amparadas también por la autonomía de los pueblos originarios.

En ese orden de ideas, el principio de legalidad prescribe que una persona solo puede ser juzgada a partir de normas previamente establecidas, por autoridades competentes de acuerdo con la regulación existente en la sociedad, y con apego a los procedimientos previstos por el legislador para el efecto. Por esa razón, es un elemento central del Estado de Derecho, pues hace de la ley una garantía fundamental para evitar que la suspensión o limitación de los derechos de los ciudadanos tenga origen en actuaciones arbitrarias de las autoridades.

Concebido de esa forma (es decir, en sentido estricto), es evidente la tensión que surge entre el citado principio y el ejercicio de un derecho propio constituido primordialmente a través de la tradición oral de las comunidades y para muchas comunidades en procesos de reconstrucción o de consolidación. Para solucionar esta aparente incompatibilidad, la Corte ha señalado[77] que en la jurisdicción especial indígena el principio se concreta en la predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades indígenas, a partir de las costumbres de cada comunidad[78].

Finalmente, en la sentencia T-552 de 2003 la Corte introdujo, como tercer elemento definitorio del fuero, el elemento objetivo, al parecer con fundamento en jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura:

“Pero además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la naturaleza del sujeto o el objeto sobre el que recae la conducta” || (...) el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, se ha referido a la naturaleza del conflicto, como un factor que puede ser determinante para la valoración que deba hacerse de los demás elementos del fuero...”. [79]

A juicio de la Sala, la definición del elemento objetivo como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva resulta demasiado vaga, pues no específica qué tipo de objetos, o sujetos afectados, determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena. En la sentencia T-617 de 2010, la Corporación “rastreó” el origen del principio en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura y su manejo por la Corte Constitucional, y concluyó que este había sido equívoco en ambas corporaciones, pues mientras el Consejo Superior de la Judicatura lo utilizó de formas muy distintas en sus decisiones, la Corte mantuvo siempre su vaguedad, de manera que su utilidad para la solución de conflictos de competencia resultaba muy limitada.[80]

Tras ese profundo análisis del elemento objetivo, y las debilidades que se evidenciaron en su manejo, la Corte precisó en la sentencia T-617 de 2010, que este hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria. Y aclaró que, más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para

evaluar el elemento objetivo, es evidente que existen alternativas: (i) el bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado o su titular pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad étnica del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

El elemento objetivo es muy relevante en los supuestos (i) y (ii): en el primero, el caso corresponde a la jurisdicción especial indígena; y en el segundo, a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii) no resulta determinante. Por ese motivo, la decisión del juez deberá pasar por la verificación de todos los elementos del caso concreto y los demás factores tendrán mayor relevancia para definir si la competencia corresponde al sistema jurídico nacional o a las autoridades de los pueblos indígenas.

Una variante importante del último supuesto es aquella en que el caso reviste especial gravedad para el derecho mayoritario. El factor objetivo en estos casos y según se ha explicado no dicta una respuesta definitiva en cuanto a la competencia para resolver el conflicto. La preocupación evidente que ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a privar a la jurisdicción indígena del conocimiento de estos casos en algunas sentencias (como puede observarse al pie de página la alta autoridad no ha seguido una línea uniforme en esta materia) no se resuelve mediante una generalización según la cual las comunidades indígenas son incapaces para asumir estos procesos (tal como durante el siglo pasado se consideraron incapaces para negociar y adoptar decisiones autónomas sobre su modo de vida).

Pero esta evaluación solo corresponde al juez constitucional o al Consejo Superior de la Judicatura en el marco del caso concreto. Y no debe basarse, se repite, en una consideración a priori sobre la imposibilidad absoluta de las comunidades indígenas de asumir la solución de algunos asuntos, sino en la existencia de distintas clases de sistemas jurídicos. Este tipo de premisas pasa por alto que también el sistema jurídico nacional tiene deficiencias y que -no sin algo de razón- muchas víctimas lo consideran fuente de impunidad.

Una vez concluida la sistematización de las reglas referentes a los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena[81], resulta oportuno señalar

que estos criterios deben evaluarse de forma ponderada y razonable en las circunstancias de cada caso. La diversidad puede generar situaciones[82]. Si uno de estos factores no se cumple en el caso concreto, ello no implica que de manera automática el caso corresponda al sistema jurídico nacional. El juez deberá revisar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas. En cuanto a los dos últimos, deberá estudiarlos bajo la perspectiva de la diversidad cultural.[83]

En ese contexto normativo, la Sala analizará el problema jurídico de la demanda.

Análisis del cargo.

En concepto del demandante el artículo 11 de la Ley 89 de 1890 viola la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, reconocida por el artículo 246 de la Constitución Política. El artículo citado confiere a los alcaldes municipales la competencia para conocer, en primera instancia, sobre conflictos territoriales entre indígenas de una misma comunidad; o entre estos y sus cabildos, y prevé que “[sus] resoluciones serán apelables ante los Prefectos de las Provincias, y las de éstos ante los Gobernadores de Departamento”, mediante el procedimiento establecido en las leyes que regulen la materia.

Como puede observarse, se trata de una disposición contenida en una ley promulgada hace más de 120 años, lo que podría suscitar dudas acerca de su vigencia, y de qué método hermenéutico resulta más apropiado para acercarse a su contenido normativo. El análisis de la vigencia ya fue analizado, como “cuestión previa”, al momento de establecer el problema jurídico de este trámite. En cuanto a la interpretación de la Ley 89 de 1890, la Sala considera relevante presentar algunas consideraciones sobre su importancia histórica en la lucha de los pueblos originarios por el reconocimiento de sus derechos, y las complejas tensiones que refleja en la relación entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas.

La Ley 89 de 1890 “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada” se promulgó en el contexto del proyecto político de la Regeneración, caracterizado por la pretensión de fortalecer el poder central de la Nación, incluido el de creación jurídica por parte del Congreso de la República y el de centralización de la interpretación de las normas jurídicas, mediante una Corte de

Casación. Esa aspiración de unidad tiene también una clara expresión en la decisión de adoptar como Código Civil del Código de la Nación de 1873, mediante la Ley 57 de 1887.

El Código Civil se concibe con la pretensión de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley, pues se dirige a establecer un tratamiento igualitario a los ciudadanos, a partir de un documento normativo que comprenda las respuestas a todas las hipótesis normativas asociadas al estado civil de las personas, los bienes, la sucesión, los contratos y las obligaciones.

Sin embargo, apenas dos años después de la adopción del Código, la Ley 89 de 1890 revela que el trato igual no cubre a una parte de la población colombiana. Desde su título (Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada), demuestra cómo el Legislador de la época consideraba que existían sujetos ajenos a la vida civil y que, por lo tanto, debían recibir un trato especial.

Se percibe entonces, un abismo axiológico entre el orden constitucional que llevó a la expedición de la Ley 89 de 1890 y el actual, pues quienes hoy se consideran y son reconocidos como miembros de comunidades culturalmente diferenciadas, titulares del derecho al respeto por su diferencia y cuya dignidad es reconocida y defendida por la Constitución de 1991, en ese momento histórico eran considerados salvajes. Y, en lugar de respetar, proteger y garantizar sus diferencias con base en el valor del pluralismo, la decisión política se orientaba a su paulatina incorporación a la vida civilizada.

Las relaciones entre la sociedad mayoritaria y los pueblos indígenas, sin embargo, están atravesadas por paradojas, y esa Ley (consagrada a un propósito evidentemente inconstitucional a la luz del sistema jurídico actual) se convirtió en la base de las luchas por el reconocimiento de los derechos a la autonomía, la propiedad colectiva y la diferencia de los pueblos indígenas.

De acuerdo con recientes estudios historiográficos[84], la Ley 89 de 1890 tuvo su origen en un proyecto preparado por el Ministro de Gobierno José Domingo Ospina Camacho, presentado en 1887 que, en un solo artículo, excluía a los salvajes de la aplicación del Código Civil, y preveía un acuerdo entre el Gobierno y las autoridades eclesiásticas para que, mediante las misiones religiosas, sus sociedades comenzaran el tránsito a la "vida

civilizada”.

Este proyecto no fue aprobado de forma inmediata por el Congreso, así que en una nueva Legislatura, en el año 1890, se reinició su discusión. Conservando intacto el artículo 1º originalmente concebido por el Ministro de Gobierno Ospina Camacho, el Congreso, sin embargo, decidió incorporar 41 artículos más, considerando la situación de los salvajes que se hallaban más próximos a la vida civilizada[85].

Así las cosas, la expedición de la Ley 89 de 1890 distinguía tres “órdenes personales”[86], con un tratamiento distinto ante la Ley. Primero, las personas civilizadas, cuyas relaciones se regulaban por el Código Civil. Segundo, los salvajes, cuya vida social debía ser gobernada mediante un acuerdo entre autoridades públicas y eclesiásticas; y, finalmente, los semisalvajes, es decir, quienes fueran reduciéndose a la vida civilizada gracias a las misiones, y a quienes se les reconocieron algunos derechos para resolver autónomamente sus conflictos, incluida la facultad para constituir cabildos y la nulidad relativa de los negocios sobre venta de territorios ancestrales[87]. El uso de la nulidad relativa dejaba entrever sin embargo la equiparación entre las sociedades indígenas y las personas menores de edad, o incapaces relativos por otros motivos.

Una ley con semejantes características, en un orden normativo que protege la diversidad cultural, la igualdad en la diferencia y el pluralismo jurídico, a la vez que establece la obligación estatal de brindar un trato especial a grupos socialmente vulnerables, parecería ser abiertamente inconstitucional, en su integridad. Primero, porque desconoce la dignidad de los pueblos indígenas, y de cada uno de sus miembros, al atribuirles el calificativo de salvajes; segundo, porque pretende reducirlos a la vida civilizada, expresión vaga pero en sí misma agresiva, pues no resulta claro qué medios pueden llevar a esa “reducción”; tercero, porque entrega a las autoridades eclesiásticas un papel incompatible con el principio de Estado laico (C-027 de 1993)[88] y la igual dignidad entre culturas y confesiones religiosas; y finalmente, porque algunas de las normas destinadas a proteger sus derechos se basaron en la posibilidad de anular los contratos que afectaran territorios indígenas, por considerarlos viciados de nulidad relativa, equiparando los pueblos indígenas a los “incapaces relativos” del Código Civil.

Sin embargo, cuando en 1996 la Corte conoció de una demanda contra los artículos 1º, 5º y

40 de esa Ley, distintas organizaciones sociales se pronunciaron defendiendo su constitucionalidad, interpretándola de manera distinta a la que se acaba de explicar[89]. Como lo ha sostenido esta Corte, al incorporar entre las herramientas de interpretación del derecho constitucional el concepto de derecho viviente, las normas pueden evolucionar desde sus textos a partir de la forma en que los operadores jurídicos las conciben y, especialmente, cuando son interpretadas con autoridad por los órganos de cierre del sistema jurídico.

El caso de la Ley 89 de 1890 es especial por una razón adicional, asociada a la figura legendaria del indígena caucano Manuel Quintín Lame. Nacido en 1880 e hijo de un terrajero[90], Quintín Lame conoció de cerca la discriminación que históricamente han sufrido las personas que defienden una identidad étnica diversa.

Manuel Quintín aprendió a leer gracias a su tío, Leonardo Chantre[91], y a partir de ese momento combinó su conocimiento indígena (derivado de la naturaleza, según sus palabras) con el conocimiento de los libros, de naturaleza limitada, pero adecuado para iniciar la defensa de su pueblo utilizando herramientas de la sociedad mayoritaria.[92] Y así, paralelo a su interés por la defensa de la ley de origen, comenzó a estudiar el Código Civil y efectuó una apropiación hermenéutica de la Ley 89 de 1890, que fue finalmente acogida en buena medida por la sociedad mayoritaria.[93]

Esa interpretación aprovechó, especialmente, dos aspectos de la Ley. Primero, el reconocimiento de la posibilidad de configurar cabildos para auto gobernarse; y, segundo, la posibilidad de reclamar el respeto por el territorio de las zonas de resguardo, elementos que configuran desde entonces y hasta hoy los puntos centrales de las reivindicaciones de los pueblos indígenas: territorio y autonomía.

En relación con el segundo de los puntos mencionados, es relevante indicar que las tierras y los territorios indígenas enfrentaron serias amenazas durante el período histórico de la república pues, mientras en la colonia se reconoció su territorio mediante la entrega de cédulas reales, el pensamiento federalista propuso abrir las tierras de resguardo al libre comercio y, en consecuencia, llevó en algunas regiones a la disolución de territorios ancestrales.

Leyes posteriores intentaron reincorporar políticas de división de los resguardos o, dicho

de otra forma, de llevar las tierras indígenas al mercado. Por ese motivo, los pueblos indígenas, con Manuel Quintín Lame a la cabeza (posteriormente, con líderes como Eutiquio Timoté y José Gonzalo Sánchez) asumieron la defensa de la Ley 89 de 1890, concibiéndola como el instrumento jurídico del derecho mayoritario más importante para la protección de sus territorios.

El movimiento indígena de los años 70 del siglo pasado, que dio origen al Consejo Regional Indígena del Cauca y posteriormente a la Organización Nacional Indígena de Colombia, mantuvo como guía los principios que Quintín Lame extrajo al interpretar la Ley 89 de 1890 a la luz de la ley de origen, hasta que en el año 1991 el Constituyente reconoció, como normas de rango superior, los derechos a la auto determinación de los pueblos indígenas, reflejada en amplios espacios de autonomía política, jurídica, económica y social; a la propiedad colectiva sobre sus territorios; a la consulta previa de toda decisión administrativa o legislativa que les afecte; a la diversidad étnica, y a la igualdad de culturas.

No resulta entonces sorprendente que, dejando de lado todas las notas discriminatorias asociadas a la literalidad de la Ley 89 de 1890, su apropiación por Manuel Quintín Lame resulte en buena medida acorde con la forma en que los derechos de los pueblos indígenas han sido reconocidos en la Constitución actual, y protegidos por la Corte Constitucional.

La lectura histórica e indígena de la Ley 89 de 1890 (es decir, la lectura de sus destinatarios) permite llegar a las siguientes conclusiones: las disposiciones de ese ordenamiento solo resultan contrarias a la Constitución Política si incluso su interpretación evolutiva no permite armonizarlas con la Carta; si la disposición cuestionada, a la luz del análisis hermenéutico propuesto, constituye un instrumento valioso para la defensa de los derechos indígenas, la Sala se orientará a su conservación en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las precisiones interpretativas que deban efectuarse para garantizar su armonía con la Constitución.

Además, esas breves reflexiones demuestran la forma en que los ordenamientos indígenas, basados en la ley de origen (derecho natural) y en los ordenamientos jurídicos propios (derecho propio) de cada pueblo e incluso de cada comunidad se imbrican con la Ley nacional, generando un pluralismo jurídico “poroso”, en el que la autonomía indígena

involucra no solo la conservación del derecho propio, sino también, la potestad para iniciar procesos de reconstrucción de un derecho perdido, la incorporación de herramientas del derecho mayoritario, o incluso su apropiación hermenéutica, ejemplificada en el trasegar de Manuel Quintín Lame, en defensa de los derechos indígenas, con base en la Ley 89 de 1890.

Así las cosas, la Sala observa que la disposición censurada confiere competencia para la solución de conflictos de tierras dentro de un territorio indígena a autoridades administrativas en dos supuestos. Primero, cuando surja un conflicto entre indígenas de una misma comunidad o parcialidad. Y segundo, cuando el conflicto se dé entre un miembro de la comunidad y su cabildo.

No existe en concepto de la Sala una forma de lograr una interpretación evolutiva de la norma que permita hacerla compatible con el artículo 246 de la Constitución Política. Mientras el Legislador de 1890 previó una injerencia directa de autoridades públicas municipales y departamentales en asuntos internos de las comunidades indígenas, la Constitución Política de 1991 establece como norma de derecho fundamental que esos asuntos sean asumidos por las propias comunidades, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (en ausencia de una ley de coordinación inter jurisdiccional) ha previsto criterios para determinar la competencia judicial en este tipo de casos.

Si bien esas reglas constituyen pautas mínimas que deben ser aplicadas de forma razonable y en atención a las circunstancias de cada caso y cada comunidad, lo cierto es que los factores territorial y personal de competencia precisamente indican que conflictos como los que describe el supuesto de hecho de la disposición demandada sean decididos en el seno de las comunidades.

Lo expuesto es una razón constitucional suficientemente sólida para declarar la inexecutable de la norma cuestionada. Sin embargo, existen motivos de adicionales para excluir la disposición demandada del orden jurídico. Primero, la facultad definida en el artículo 11 de la Ley 89 de 1890 no fue (siquiera) atribuida a autoridades judiciales sino administrativas, las cuales solo puede asumir funciones jurisdiccionales excepcionalmente (Artículo 116 CP) y obviamente no pueden asumir las que expresamente la Carta confiere a las comunidades étnicas. Segundo, el ámbito material de aplicación de la disposición

demandada (los conflictos sobre el uso de los resguardos o los límites de las parcelas que ocupan) es de especial trascendencia para los pueblos indígenas, en tanto atañe al manejo de las tierras del resguardo, aspecto en donde la autonomía cobra mayor eficacia normativa.

Finalmente, la Sala Plena, siguiendo su jurisprudencia constante y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recuerda la especial relación que se da entre los pueblos originarios y sus territorios. Esa relación define sus modos de solución de conflictos como los que describe la disposición demandada y es plausible suponer que las autoridades administrativas, acostumbradas a concebir la tierra en términos de mojones y linderos, y no como un ámbito cultural, no son los funcionarios que cuentan con mejor herramientas para asumir su conocimiento. Así las cosas, tampoco respeta la norma demandada los principios de especialidad y juez natural, necesarios para asegurar la calidad del servicio de administración de justicia.

Consideraciones finales.

Más allá de la evidente inconstitucionalidad de las normas demandadas, diversos intervinientes plantean inquietudes acerca del cargo de la demanda y del funcionamiento de la jurisdicción especial indígena. Así, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) propone que (i) la demanda parte de una premisa inaceptable, al basarse en la “calidad” del alcalde municipal, como impedimento para que este funcionario comprenda las formas de regulación propias de las comunidades indígenas; y (ii) indica que, contrario a lo afirmado por el actor en el escrito de demanda, la jurisdicción indígena no siempre busca la armonía, y no siempre está en capacidad de resolver adecuadamente los conflictos jurídicos internos. A su turno, (iii) la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) plantea que la jurisdicción sí necesita apoyo externo, pero en su concepto, este debe concretarse en el aporte oportuno y efectivo de recursos para su ejercicio.

La Sala responderá brevemente estas inquietudes, considerando que en buena medida han sido abordadas por la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad.

En primer término, la Corte Constitucional no encuentra razonable que se plantee como motivo de inconstitucionalidad la calidad del alcalde, debido a que ese concepto fue utilizado durante la colonia con el propósito de distinguir a las personas en atención a

factores como la “pureza de su sangre” o de sus valores culturales, y porque esa posición resulta particularmente desacertada si al utilizarla se pretende efectuar una diferenciación o establecer una barrera infranqueable derivada de distintos niveles de “mestizaje”.

Explica el Instituto que esa posición es incompatible con el principio de igualdad y la diversidad cultural (igualdad en la diferencia); y además supone la imposibilidad de comprensión entre personas que acogen distintas prácticas y valores culturales, ignorando el carácter pluralista de la Constitución Política.

Pero más allá del infortunado uso del concepto de “calidad” que presenta la demanda, para la Sala esta sí presenta un problema jurídico claro y constitucionalmente relevante. Según se ha expuesto, con independencia de la posibilidad de comprensión y diálogo inter cultural, y de la forma en que el derecho mayoritario permea el derecho indígena (y viceversa), los funcionarios administrativos no pueden resolver las diferencias internas de las comunidades indígenas, por las razones ya expuestas.

En segundo lugar, la Corte observa en la segunda preocupación del Icanh un cuestionamiento genérico al ejercicio de la justicia indígena, pues el Instituto afirma que no siempre la justicia indígena se dirige a la solución pacífica del conflicto y a la armonización de las relaciones dentro de la comunidad. El Icanh es para la Corte un referente esencial para conocer los aspectos antropológicos, sociales y culturales de cada comunidad indígena, de manera que por regla general solicita sus conceptos y peritajes para resolver controversias surgidas en el seno de los pueblos originarios.

En consecuencia, es preciso entender que su posición se desprende del conocimiento efectivo que posee acerca de los conflictos internos de ciertas comunidades, en las cuales la justicia indígena presenta problemas en su aplicación. La disposición jurídica demandada, además, hace referencia a dos tipos de conflictos distintos. El primero de ellos, surgido entre indígenas de una misma comunidad; y el segundo, entre estos y sus cabildos.

La jurisprudencia constitucional ha identificado al menos cuatro escenarios en los cuales la aplicación de la justicia indígena debe enfrentar tensiones con otros principios constitucionales, y a ellos se ha hecho referencia en los antecedentes normativos de esta providencia:

(i) Dificultades relativas a la imposición de penas corporales y el respeto por la prohibición de tratos o penas crueles, inhumanas y degradantes; (ii) asuntos en los que se discute la eventual violación al debido proceso del acusado; (iii) casos en los que el debate gira en torno al riesgo de impunidad o, de forma más amplia, al debido proceso de las víctimas. Y (iv), supuestos en los que existen buenas razones para que el trámite sea conocido por la justicia indígena y buenas razones para que lo asuma la justicia ordinaria (es decir, casos difíciles en materia de competencia).

En relación con la primera tensión, la Sala destaca la necesidad de aplicar la diversidad cultural, no sólo como principio constitucional, sino también como criterio de interpretación. Hacerlo implica de una parte crear un diálogo a la vez multicultural e interdisciplinario. La intervención de las comunidades explicando sus sistemas de regulación y el sentido de las sanciones que aplican, así como el aporte de los conceptos antropológicos, son un insumo invaluable para la adopción de decisiones respetuosas de la autonomía indígena y los derechos individuales de las personas que se auto reconocen como indígenas.

Constituyen ejemplos de esa orientación la sentencia T-523 de 1997, en la que la Corte aceptó la interpretación que efectuaba la comunidad correspondiente de la pena del fueite, así como los conceptos antropológicos, que ubicaron su origen en la colonia, como una pena impuesta a los indígenas por los españoles, pero explicarlo a su vez cómo fue concebida posteriormente como un rayo purificador.

Además, en ese proceso, la Corte envió una comisión a la Sierra Nevada para escuchar directamente a las dos partes en conflicto, enfatizando así en la necesidad del diálogo intercultural.

Finalmente, la sentencia T-728 de 2002,[94] muestra cómo la Corte consideró que las circunstancias del hecho punible alejaban a la persona imputada de su comunidad, sus costumbres y valores culturales. En efecto, la persona fue investigada y juzgada por tráfico de estupefacientes, y utilizó a su hija para ocultar las sustancias psicoactivas. El notable desprendimiento de su cultura, así como la forma en que se llevó a cabo del delito llevaron a la Corte a concluir que debía ser asumido por la justicia ordinaria.

La aplicación del criterio de diversidad cultural en la interpretación de estos trámite, y el diálogo interno, no significan tampoco que la Corte haya decidido los casos con base

exclusiva en el entendimiento de las comunidades indígenas, pues de ser así resultaría muy difícil la protección de los derechos fundamentales individuales. En el primer caso (relativo a la pena de fuste), la Corte aplicó un test de proporcionalidad a la sanción, y concluyó que por el lugar del cuerpo en que se aplicaba la pena, y las circunstancias en las que se imponía la sanción, no afectaba de forma desproporcionada la integridad personal del sancionado.

En el segundo (conflicto entre indígenas ika tradicionales y la Ipuc), la decisión fue producto de la ponderación, y si bien la Corte consideró que la comunidad arhuaca o ika podía prohibir la apertura del templo evangélico y las prédicas dentro de su territorio colectivo, cada uno de los miembros de la comunidad podía también escoger su creencia religiosa, sin que ello diera lugar a sanciones.

En el último caso (tráfico de estupefacientes), finalmente, fue la pérdida de identidad y diversidad de la víctima el aspecto esencial para la definición de la competencia.

En otras decisiones, la Corporación ha considerado válida la inexistencia de una segunda instancia, primero, porque este principio puede tener excepciones según la propia Constitución Política; segundo, porque dentro de las comunidades indígenas es usual que no exista este mecanismo de control de las decisiones, y por lo tanto su exclusión del procedimiento resultaría previsible para la comunidad; y finalmente, porque en algunos de los medios de composición internos, especialmente asociados a mecanismos como el descubrimiento de la verdad en comunidad, la segunda instancia puede resultar simplemente incomprensible. (Ver, también, la sentencia T-523 de 1997, ya citada, así como la sentencia T-514 de 2009).

En la sentencia T-514 de 2009, la Corte conoció de la existencia del Tribunal Superior Indígena del Tolima, iniciativa asumida por un conjunto de cabildos de ese departamento, con el propósito de crear un sistema de control de legalidad de las decisiones de los cabildos. Precisamente esas asociaciones hallaron en la actuación de los cabildos mediante un auto diagnóstico, problemas como “la impunidad derivada de relaciones de amiguismo, compadrazgo y familiaridad entre autoridades indígenas y los miembros de la comunidad que no son juzgados”. [95]

Otros aspectos que la Corte ha considerado inviolables del debido proceso, hacen

referencia a (i) la responsabilidad penal individual, considerando ilegítima la extensión de una sanción a la familia del procesado (T-254 de 1994[96] y T-804 de 2011[97]); (ii) la proporcionalidad entre la sanción y la pena (T-349 de 1996[98]).

Los derechos de las víctimas deben ser protegidos en la jurisdicción indígena, pues hacen parte también del debido proceso, y porque así lo disponen distintos compromisos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos. Estos derechos comprenden la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. Es importante señalar, sin embargo, que estos derechos deben ser entendidos también en “clave” de diversidad cultural. Eventualmente las sanciones de una comunidad pueden resultar inocuas para la sociedad mayoritaria, acostumbrada a la pena de prisión para todas las faltas graves. Sin embargo, la pena de prisión puede ser incompatible con los procesos de armonización que utilizan algunas comunidades indígenas, especialmente si esta no permite la armonización de las relaciones entre familias, aspecto que suele ser uno de los principales objetivos de la justicia indígena.

La Corte ha avalado la aplicación de este tipo de sanciones, siempre que estas respondan a una decisión autónoma de las comunidades. Pero ello no es un presupuesto para la eficacia de los derechos de las víctimas. El aspecto que debe verificarse con mayor cuidado y rigurosidad para lograr su eficacia es, según se expresó ampliamente en la sentencia T-617 de 2010,[99] la existencia de una institucionalidad capaz de ejercer la coerción y asegurar la paz entre los miembros y las familias del resguardo.

A su turno, los problemas difíciles de resolver en materia de competencia (por ejemplo, el caso hipotético de una persona no indígena que incurre en una conducta castigada tanto por la sociedad mayoritaria como por la comunidad indígena interesada, pero en cada una con penas diferentes), deben resolverse mediante un análisis ponderado de los cuatro elementos de competencia. Pero el juez constitucional o el encargado de resolver conflictos de competencia no está facultado *prima facie* para evaluar la compatibilidad entre las normas internas y el derecho mayoritario, sin perjuicio de que por medio de la acción de tutela se discuta la conformidad de las decisiones indígenas con la Carta Política.

Por ello, esos factores de competencia se descomponen a su vez en un conjunto de subreglas y criterios de interpretación que fueron expuestos por la Corporación de forma

amplia y sistemática en la sentencia T-617 de 2010.

De conformidad con lo expuesto, la Sala declarará la inexecutable del artículo 11 de la Ley 89 de 1890.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE el artículo 11 de la Ley 89 de 1890.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ANEXO I.

Subreglas y criterios relevantes para la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena.

Elemento personal

Definición: el elemento personal hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.

Subreglas relevantes:

(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley

penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.

(S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:

(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;

(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá y remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.

(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-i) La diversidad cultural y valorativa es un criterio que debe ser atendido por el juez, al abordar casos en los que se encuentren involucradas personas indígenas.

(C-ii) Cuando una persona indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

Elemento territorial

Definición: este elemento hace referencia a que los hechos objeto de investigación

hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.

Subreglas relevantes:

(S-iii) De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito necesario para la procedencia del fuero.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena. La constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena es el ámbito donde se desenvuelve su cultura.

(C-iv) Por esa razón, excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero culturalmente puede ser remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas.

Elemento institucional

Definición: el elemento institucional (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.

Subreglas relevantes.

(S-v) El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional debe tomar en consideración la

existencia de una institucionalidad social y política, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. (S-v.1) el primer factor para determinar la existencia de esa institucionalidad es la manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso.

Sin embargo, (S-vi) la verificación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de una comunidad indígena y los derechos de las víctimas, por regla general, solo puede ser objeto de un control judicial posterior. (S-vi.1) excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima se encuentra en situación vulnerable, debido a su condición de especial protección constitucional, o en estado de indefensión, el juez encargado de dirimir el conflicto podría realizar una verificación más amplia de la vigencia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas, o de la propia experiencia del resguardo. Sin embargo, el contenido material del derecho propio es ajeno a esa verificación.

(S-vii) El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.

Sin embargo, (S-viii) cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad.

(S-ix) El debido proceso tiene, en el marco de la jurisdicción especial indígena, el alcance de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. Sin embargo, (S-ix.2) no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o reconstrucción. Lo que se exige es un concepto genérico de nocividad social.

(S-x) Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural, y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia.

Criterios de interpretación relevantes.

(C-iv) Los derechos de las víctimas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, comprenden la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. El contenido de esos derechos, empero, varía en el contexto de cada cultura.

(C-v) El principio de legalidad se concibe, en el marco de la jurisdicción especial indígena, como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales.

Elemento objetivo

Definición: el elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Subreglas relevantes:

(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena

(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.

(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en

impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-vi) Para adoptar la decisión en un conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional el juez debe tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico afectado.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA C-463/14

DERECHO DE PUEBLOS INDIGENAS A RESOLVER SUS CONTROVERSIAS Y JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Sentencia debió extenderse al título de la ley para salvaguardar plenamente estos principios (Aclaración de voto)

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Facultad de las comunidades para resolver sus propios conflictos marcando límites al ejercicio de la autonomía (Aclaración de voto)

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, IDENTIDAD EDUCATIVA Y SALUD DE COMUNIDADES INDIGENAS-Protección constitucional (Aclaración de voto)/AUTONOMIA DE PUEBLOS INDIGENAS-Protección (Aclaración de voto)

INTEGRACION O UNIDAD NORMATIVA-Mecanismo excepcional (Aclaración de voto)/INTEGRACION NORMATIVA-Escenarios en que se desarrolla (Aclaración de voto)

TITULO DE LA LEY-Criterio interpretativo que demuestra los valores e intereses que llevaron al legislador a elaborar la norma (Aclaración de voto)/TITULO DE LA LEY-Texto legal que debe someterse a control de constitucionalidad (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10001

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la Ley 89 de 1890.

Magistrada ponente:

María Victoria Calle Correa.

Con el acostumbrado respeto a las decisiones de la Corte Constitucional, aclaro mi voto en relación a la sentencia C-463 de 2014, por la cual se resuelve la demanda de inconstitucionalidad presentada contra el artículo 11 de la Ley 89 de 1890.

No obstante que comparto plenamente la decisión de inexecutable del artículo 11 de la Ley 89 de 1890 por cuanto representa una vulneración al derecho de los pueblos indígenas a resolver sus controversias, así como la parte motiva de la sentencia en donde se recuerdan los elementos de la jurisdicción especial indígena y los criterios para limitarla, considero que para salvaguardar plenamente estos principios que la sentencia pregona era indispensable que el pronunciamiento se extendiera al título de la ley “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

A través de su jurisprudencia, la Corte ha reivindicado la autonomía de la jurisdicción especial indígena establecida por el Constituyente en la Carta Política de 1991, reconociendo así la facultad de las comunidades para resolver sus propios conflictos y marcando límites al ejercicio de esta autonomía, siendo estos admisibles sólo cuando: sean necesarios para salvaguardar intereses de mayor jerarquía y sean menos gravosos.

De igual forma, ha sido la jurisprudencia protectora de otros derechos de estas comunidades tales como la consulta previa[100], la identidad educativa[101] y la salud[102] entre otros, por lo que el presente fallo se suma a la lista de reivindicaciones de derechos y refuerza la idea protectora de la autonomía de los pueblos indígenas. Pese a ello, la decisión pudo haber dado un paso muy significativo no sólo en materia de protección de derechos de las comunidades indígenas, sino en materia de proscripción de toda forma de estigmatización de sus miembros.

Ha señalado la Corte que el título de la ley “exhibe valor como criterio de interpretación de las normas contenidas en el cuerpo de la ley. Siendo así, es claro que incluso los criterios de interpretación de la ley que emanan del texto del título o encabezado de la misma son pasibles del control de constitucionalidad, puesto que un título contrario a los preceptos

constitucionales, de no ser excluido del ordenamiento jurídico, podría conducir a una interpretación de parte o toda la ley no conforme con el estatuto superior”[103]. Comoquiera que el nombre de la ley trasciende e impacta el alcance interpretativo de todos los preceptos que la conforman, es evidente la inescindible relación entre estos y el título de la misma, lo que unido al carácter manifiestamente inexecutable de las expresiones “Salvajes que vayan siendo reducidos a la vida civilizada”, hacía imprescindible la extensión del pronunciamiento a este aparte de la ley.

La idea de la integración o unidad normativa no es nueva en la jurisprudencia de la Corte, al respecto se ha establecido que es un mecanismo excepcional que opera “cuando ella es necesaria para evitar que un fallo sea inocuo, o cuando ella es absolutamente indispensable para pronunciarse de fondo sobre un contenido normativo que ha sido demandado en debida forma por un ciudadano. En este último caso, es procedente que la sentencia integre la proposición normativa y se extienda a aquellos otros aspectos normativos que sean de forzoso análisis para que la Corporación pueda decidir de fondo el problema planteado”[104]. Desarrollando esta idea, se han marcado dos escenarios en los que es posible hacer la integración normativa: el primero, cuando las expresiones acusadas no configuran una proposición jurídica autónoma, y el segundo, cuando la norma al ser una proposición jurídica autónoma, tiene vínculo con otros textos legales[105].

Es indudable que el título de la ley al ser criterio interpretativo y demostrar los valores e intereses que llevaron al legislador a elaborar la norma, es en sí mismo un texto legal que ha de someterse a control de constitucionalidad, debiéndose declarar contrario a la Constitución todo precepto que pretenda menoscabar la identidad, la cultura e independencia de comunidades que son merecedoras de especial protección por parte del Estado en su conjunto.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-463/14

RESOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA MISMA COMUNIDAD INDIGENA-Inexequibilidad ha debido extenderse a toda la ley por contrariar la autonomía y derechos de pueblos indígenas para preservar su diversidad y supervivencia (Aclaración de voto)

COMPETENCIA DE ALCALDES MUNICIPALES Y OTRAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA DIRIMIR CONFLICTOS ENTRE UNA MISMA COMUNIDAD INDIGENA-Desconoce derecho a resolver asuntos internos mediante aplicación de normas y procedimientos propios (Aclaración de voto)

LIMITES A LA AUTONOMIA DE PUEBLOS INDIGENAS-Admisibilidad (Aclaración de voto)

RESOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA MISMA COMUNIDAD INDIGENA-Falta de integración normativa del precepto acusado con el título y otras disposiciones de la ley que contienen expresiones discriminatorias y contrarias a los principios de pluralismo y diversidad cultural (Aclaración de voto)

RESOLUCION DE CONTROVERSIAS ENTRE UNA MISMA COMUNIDAD INDIGENA-Norma acusada gira en torno a la concepción como “salvajes” y “disminuidos social y civilmente” lo que contraría la jurisprudencia constitucional y protección de los más vulnerables (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-10001

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 11 de la ley 89 de 1890.

Magistrado Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Con el respeto que merecen las decisiones de esta Corporación, me permito manifestar mi aclaración de voto en relación con lo decidido por la Sala Plena en el asunto de la

referencia.

Si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de inexecutable del artículo 11 de la ley 89 de 1890 en la presente sentencia, creo necesario hacer algunas precisiones por cuanto considero que tal declaración ha debido extenderse a toda la ley, en la medida en que contraría abiertamente la autonomía de los pueblos indígenas reconocida por el constituyente de 1991 y los derechos que consagra en cabeza de estas comunidades para preservar su diversidad y supervivencia.

1. En esta oportunidad, le correspondió a la Corte determinar si el artículo 11 de la Ley 89 de 1890, al conferir a los alcaldes municipales y otras autoridades administrativas (prefectos y gobernadores) la competencia para dirimir conflictos surgidos entre indígenas de una misma comunidad étnica, o entre estos y el cabildo de la respectiva comunidad, desconoce el derecho fundamental de las comunidades indígenas de resolver los asuntos internos mediante la aplicación de normas y procedimientos propios, consagrado en el artículo 246 de la Constitución Política.

Para resolver el asunto en cuestión, el análisis de la Corte se centró en el punto de los límites a la autonomía de los pueblos indígenas, los cuales, según lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles cuando (i) sean necesarios para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en la circunstancias del caso concreto y, (ii) sean los menos gravosos, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. A este respecto, la Corte ha señalado que la evaluación de estos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad. Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha determinado que la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia, cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de culturas diferentes, por cuanto deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión.

2. En este orden de ideas, pese a estar de acuerdo con la decisión tomada por la mayoría considero que para proteger adecuadamente los derechos de los pueblos indígenas era necesario que la declaratoria de inexecutable se extendiera a la totalidad de la norma acusada, esto es, la Ley 89 de 1890[106], que dicho sea de paso, ya tiene varios apartes que tras ser estudiados por esta Corporación en anteriores oportunidades[107], no han

superado el examen de constitucionalidad.

En este mismo sentido, estimo que la sentencia debió hacer una integración normativa del precepto acusado con el título[108] y otras disposiciones de la ley, las cuales contienen expresiones que son discriminatorias, abiertamente contrarias a los principios de pluralismo y diversidad cultural, e inadmisibles en el estado actual de desarrollo de dichos postulados. Expresiones que no se compadecen con lo establecido en el Convenio 169 de la OIT ni con el artículo 330 de la Carta Política, en particular, respecto del respeto de los usos y costumbres de los pueblos indígenas.

3. En conclusión, considero que a pesar de los esfuerzos hermenéuticos que hace la sentencia para reivindicar a los indígenas, lo cierto es que toda la ley gira en torno a su concepción como “salvajes” y “disminuidos social y civilmente” lo que contraría más de veinte años de jurisprudencia constitucional y uno de los pilares fundamentales del Estado social de derecho: la protección de los más vulnerables. Es en este sentido que suscribo esta aclaración de voto.

Una nota final. La discusión de este asunto me recordó en ciertos aspectos la novela del escritor africano Chinua Achebe “Todo se desmorona” (1958), que ejemplifica los grandes peligros que se desprenden del desconocimiento de los usos, costumbres y tradiciones de los pueblos tribales e indígenas por una sociedad que se considera mayoritaria.

Fecha ut supra

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

A LA SENTENCIA C-463/14

CON PONENCIA DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA, EN LA CUAL SE

DECLARAR INEXEQUIBLE EL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 89 DE 1890.

NORMA SOBRE COMPETENCIA ESPECIFICA EN CABEZA DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA DIRIMIR CONFLICTOS SOBRE EL USO DE TIERRAS ENTRE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS, O ENTRE ESTOS Y SUS CABILDOS-Derogatoria orgánica (Salvamento parcial de voto)

DEROGACION ORGANICA-Definición (Salvamento parcial de voto)

NORMA SOBRE COMPETENCIA ESPECIFICA EN CABEZA DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA DIRIMIR CONFLICTOS SOBRE EL USO DE TIERRAS ENTRE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS, O ENTRE ESTOS Y SUS CABILDOS-Asignación de competencia a los alcaldes (Salvamento parcial de voto)

COMPETENCIAS DE LOS ALCALDES-Regulación normativa (Salvamento parcial de voto)/COMPETENCIAS DE LOS ALCALDES-Consagración constitucional (Salvamento parcial de voto)

ALCALDE-Atribuciones generales (Salvamento parcial de voto)

NORMAS TENDIENTES A MODERNIZAR LA ORGANIZACION Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MUNICIPIOS-Previsión de funciones (Salvamento parcial de voto)

CONSTITUCION DE 1991-Establece nuevo modelo de Estado unitario con descentralización administrativa y concibe al municipio como la célula esencial de la organización territorial (Salvamento parcial de voto)

NORMAS TENDIENTES A MODERNIZAR LA ORGANIZACION Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MUNICIPIOS-Alcance (Salvamento parcial de voto)/NORMAS TENDIENTES A MODERNIZAR LA ORGANIZACION Y EL FUNCIONAMIENTO DE LOS MUNICIPIOS-Realiza una adición obligatoria de componentes de derechos humanos y de derecho internacional humanitario en los programas de desarrollo municipal (Salvamento parcial de voto)

NORMA SOBRE COMPETENCIA ESPECIFICA EN CABEZA DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS PARA DIRIMIR CONFLICTOS SOBRE EL USO DE TIERRAS ENTRE MIEMBROS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS, O ENTRE ESTOS Y SUS CABILDOS-Debía emitirse fallo inhibitorio

por haber operado el fenómeno de la derogatoria orgánica (Salvamento parcial de voto)

COMPETENCIAS DE LOS ALCALDES FRENTE A LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Asunción por el legislador de un enfoque de derechos humanos (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expediente D-10001

Problema jurídico planteado en la sentencia: ¿Si el artículo 11 de la Ley 89 de 1890, al conferir a los alcaldes municipales y otras autoridades administrativas (prefectos y gobernadores) la competencia para dirimir conflictos surgidos entre indígenas de una misma comunidad indígena, o entre estos y el cabildo de la comunidad correspondiente, desconoce el artículo 246 de la Constitución Política, norma que establece el derecho fundamental de las comunidades indígenas de resolver los asuntos internos mediante la aplicación de normas y procedimientos propios?

Motivo del Salvamento: Frente a la norma objeto de la demanda ha operado la derogatoria orgánica.

Salvo parcialmente el voto en la Sentencia -463 de 2014, acogida por la Sala Plena de esta Corte, puesto que considero que frente a la norma objeto de la demanda ha operado la derogatoria orgánica.

1. ANTECEDENTES

1.1. El señor Camilo Andrés Rodríguez Rodríguez presentó demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 11 de la Ley 89 de 1890, por presunto desconocimiento del preámbulo, y los artículos 3o, 13 y 246 de la Constitución Política.

1.2. Mediante auto del veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013), se admitió la demanda, únicamente en lo concerniente al cargo por violación del artículo 246 Superior, y se ordenó comunicar la iniciación del trámite de la demanda a las siguientes personas y entidades: a la Organización Nacional Indígena de Colombia (Onic), el Consejo Regional Indígena del Cauca (Cric), la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca (Acin), la Asociación de cabildos y autoridades tradicionales del Consejo Regional Indígena del Tolima (Crit), el Consejo Regional Indígena de Risaralda, la Organización Indígena de Antioquia

(OIA); a las universidades del Rosario, de los Andes y del Cauca; al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM del Ministerio del Interior y de Justicia, al Consejo Superior de la Judicatura, a la Defensoría del Pueblo, al Procurador General de la Nación, y dispuso la fijación en lista para la participación de los ciudadanos interesados en el proceso.

2. FUNDAMENTOS DEL SALVAMENTO

Para comenzar, es preciso recordar la definición de derogación orgánica: “La derogación orgánica refiere a cuando la nueva ley regula integralmente la materia, que en términos de la Corte Suprema de Justicia supone ‘que la nueva ley realiza una mejora en relación con la ley antigua; que aquella es más adecuada a la vida social de la época y que, por tanto, responde mejor al ideal de justicia, que torna urgente la aplicación de la nueva ley; [...] que por lo mismo debe ser lo más amplia posible para que desaparezcan las situaciones que el propio legislador ha querido condenar y evidentemente arrasó con la ley nueva.”[109]

El artículo 11 de la ley 89 de 1890 otorgaba competencia a los alcaldes para resolver controversias entre miembros de comunidades indígenas sobre resguardos o sobre los límites de las porciones que les correspondan; en otras palabras, su contenido deóntico corresponde a la asignación de una competencia a los alcaldes.

Dentro de la historia legislativa de nuestro país las competencias de los alcaldes han sido reguladas integralmente por normas recientes que en muchos casos pretenden adecuarlas a los nuevos principios y valores constitucionales, destacándose entre ellas:(i) el Código de Régimen Político y Municipal, (ii) la ley 136 de 1994, y (iii) y la ley 1551 de 2012. También las competencias de los alcaldes encuentran una consagración expresa en el artículo 315 constitucional. Estos cuerpos normativos establecen un marco legal que desarrolla de forma exhaustiva las competencias de los alcaldes, y que reconoce la autonomía de los pueblos indígenas.

En primer lugar, el Código de Régimen Político y Municipal -decreto 1333 de 1986- dispone que el alcalde es el Jefe de la Administración Pública en el municipio y ejecutor de los acuerdos del Concejo. En ese sentido, sus atribuciones generales corresponden hacer cumplir la Constitución, leyes, ordenanzas, acuerdos y decretos; velar por el cabal cumplimiento de los deberes que corresponden a los concejos municipales mediante la

convocatoria a reuniones extraordinarias, el suministro de información solicitada por estos cuerpos colegiados, la presentación de proyectos de acuerdos, su sanción y eventualmente su objeción, así como la publicación de los acuerdos; dictar los actos necesarios para la administración del personal que presta sus servicios al municipio; ordenar el presupuesto municipal; inspeccionar el buen funcionamiento de los establecimientos públicos; desempeñar una función sancionatoria; y presentar informes anuales sobre la gestión de la administración municipal.

En segundo lugar, la ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar, la organización y el funcionamiento de los municipios” prevé en su artículo 91 funciones adicionales relacionadas con los concejos municipales, el orden público, la Nación, el Departamento, las autoridades jurisdiccionales, la administración municipal y la gestión pública desde lo local. Adicionalmente, contiene un enfoque novedoso relacionado con el bienestar de la ciudadanía y la garantía de la prosperidad integral de la región.

Todo lo anterior corresponde a una perspectiva enmarcada, de un lado, en las necesidades cambiantes de los municipios, y de otro, en los principios consagrados en la Constitución de 1991 sobre el nuevo modelo de Estado que en ella se establece un Estado unitario con descentralización administrativa y se concibe al municipio como la célula esencial de la organización territorial.

Finalmente, la ley 1551 de 2012 “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios” realiza una adición obligatoria de componentes de derechos humanos (DDHH) y de derecho internacional humanitario (DIH) en los programas de desarrollo municipal. Además, señala que el alcalde deberá velar por las poblaciones vulnerables y elaborar e implementar planes integrados de seguridad y de ordenamiento territorial para el suelo urbano y rural. También se indica que desde las alcaldías deberán generarse procesos de planeación, presupuestos participativos y planes de desarrollo que incluyan a la población indígena y a líderes comunales. Igualmente se implementa un Consejo Municipal de Desarrollo Rural, que se concibe como una instancia superior de concertación entre autoridades locales, comunidades rurales, organismos de acción popular y entidades públicas.

Para terminar, deseo resaltar que en materia de competencias de los alcaldes que tengan la

virtualidad de afectar la autonomía de que gozan las comunidades indígenas, el legislador ha asumido un enfoque de derechos humanos que se manifiesta, entre otros, en la generación de procesos de planeación, presupuestos participativos y planes de desarrollo que incluyen a la población indígena y a líderes comunales, o en la implementación de un Consejo Municipal de Desarrollo Rural como una instancia superior de concertación entre autoridades locales, comunidades rurales, organismos de acción popular y entidades públicas.

Por todo lo anterior, respetuosamente me aparto parcialmente de la decisión plasmada en la providencia proferida por la Sala Plena de esta Honorable Corporación.

Fecha ut supra

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

[1] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[2] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[3] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[5] MP. Julio César Ortiz Gutiérrez

[6] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[7] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[8] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[9] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[10] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[11] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[12] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[13] CP. Artículo 246: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. (Destaca la Sala).

[14] MP Rodrigo Escobar Gil.

[15] MP Rodrigo Escobar Gil.

[16] C-571 de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil.

[17] C-571 de 2004 MP Rodrigo Escobar Gil, citando a la vez las sentencias C-1174 de 2001 MP Clara Inés Vargas Hernández y C-014 de 1993. MP Ciro Angarita Barón

[18] Al respecto, consultar las sentencias C-931 de 2001 (MP María Victoria Calle Correa. AV María Victoria Calle Correa. SV Juan Carlos Henao Pérez. SV Luis Ernesto Vargas Silva) y C-580 de 2013 MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[19] La Corte Constitucional ha hecho referencia a la Ley 89 de 1890 en más de 50 oportunidades, en diferentes sentencias.

[20] MP Carlos Gaviria Díaz.

[21] MP Carlos Gaviria Díaz.

[22] Ver al respecto, las sentencias T-514 de 2009 y T-617 de 2010, ambas con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva. Sobre el concepto de igualdad, puede consultarse la sentencia T-881 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett), la Corte se ocupó, in extenso, del concepto de dignidad humana, desde una perspectiva constitucional, encontrando que se trata de un concepto jurídico polisémico; su contenido, por tanto es especialmente complejo así como su naturaleza jurídica. Acá se hace referencia a una de las dimensiones del concepto: la dignidad como autonomía.

[23] Sobre el valor y la importancia de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, consultar las sentencias T-704 de 2006 MP. Humberto

Antonio Sierra Porto, T-514 de 2009 MP. Luis Ernesto Vargas Silva y T-376 de 2012 MP. María Victoria Calle Correa.

[24] Al respecto, se puede consultar la breve reseña presentada por la OIT en <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang-es/index.htm>

[25] Este aspecto ha sido explicado, principalmente, en la sentencia SU-383 de 2003 MP Álvaro Tafur Galvis. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SV Jaime Araújo Rentería.

[26] “Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”. “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (CP art. 1 y 7)... Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución. || La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”. En el fallo citado, la Corte Constitucional fundó la atribución de derechos a las comunidades indígenas en el derecho a

la vida y la prohibición de desaparición forzada; y señaló que los principios de pluralismo, democracia participativa, diversidad e integridad cultural obligan a reconocer derechos que trascienden al plano individual. Esta Corporación ha considerado que la existencia de mandatos constitucionales y normas de derecho internacional que ordenan la protección de las comunidades y culturas indígenas constituyen razones normativas suficientes para el reconocimiento de este tipo de derechos. En la sentencia T-704 de 2006 se hizo un recuento general sobre los derechos de los que son titulares las comunidades indígenas: “(i) el derecho a la integridad étnica y cultural (sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005); (ii) el derecho a la supervivencia cultural y el derecho a la preservación del hábitat natural de los pueblos indígenas. Sobre este tema ver entre otras las sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.; (iv) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas[26] (sentencias T-188 de 1993, T-652 de 1998 y C-180 de 2005; (v) el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad indígena Al respecto se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005; (vi) el derecho de los pueblos indígenas a configurar sus propias instituciones jurídicas (sentencia T-1127 de 2001); el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004, entre otras); (vii) el derecho de las comunidades indígenas a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros (T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998); (viii) el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos (SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003) y de forma reciente, C-461 de 2008, C-030 de 2008 y C-175 de 2009) y el derecho a acudir a la justicia como comunidad (T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998”.

[28] Desde tempranos pronunciamientos, la Corte se refirió a las tensiones que pueden darse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y el sistema de derechos fundamentales. Así, en la T-254 de 1994, expresó: “mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.[28] Sin embargo, 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 en su calidad de ciudadanas 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).

[29] (Así, Zagrebelski, en su célebre libro *el derecho dúctil* plantea que el pluralismo es el principio más importante del Estado constitucional, en tanto presupuesto en torno al cual deben ponderarse los demás principios; mientras que García Figueroa, en un breve ensayo sobre argumentación jurídico y estado constitucional de derecho, señala que la fuerza de los derechos se desprende de su ductilidad, en símil con un árbol que, al doblarse, no se derrumba).

[30] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[31] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz (SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa).

[32] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[33] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[34] Este principio fue planteado por primera vez en las sentencias T-254 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-349 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz), y ha sido reiterado en numerosas oportunidades como el criterio esencial para el estudio de casos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas. En la T-349 de 1996 expresó la Corporación: "... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, 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". sentencia SU-510 de 1998, señaló la Corporación: "En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se

han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)”.

[35] “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) [y] b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. T-254 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-349 de 1996 (Carlos Gaviria Díaz) y SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa).

[36] *Ibidem*.

[37] “(...) Es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (...) La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma (...) El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo” Sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[38] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[39] La Sala considera que el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como algunas de sus disposiciones concretas constituyen criterios relevantes de interpretación en la materia, especialmente, los siguientes aspectos “Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación”... “reconociendo que la Carta

de la Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (Preámbulo); el artículo 2 que consagra la igualdad entre los pueblos y el artículo 3º que se refiere al derecho a la libre determinación para determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural”.

[40] La Corte justifica ese consenso así: PIDCP, artículos 1º, y 2º; CEDH, Artículos 1º, 2º; CADH, Artículo 27; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes Artículo 2º, Parágrafo 2; artículo 3º común a los 4 Convenios de Ginebra. Cfr. Sentencia T-349 de 1996.

[41] “En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P. artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a 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’” (Sentencias T-349 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz). Ver también SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa) y T-1022 de 2001 (MP. Jaime Araujo Rentería).

[42] Posteriormente, se hará referencia nuevamente a este caso, por tratarse de una de las sentencias más relevantes de la línea jurisprudencial que se reitera.

[43] En la sentencia T-349 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz) se expresó, además: “Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente

resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre || [E]ste núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. || A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas.”

[44] SU-510 de 1998, reiterando lo establecido en el fallo T-254 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[45] SU-510 de 1998 y T-349 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

[46] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[47] Por ello, la Corte ha recurrido en múltiples oportunidades al concepto de antropólogos expertos para determinar si una conducta determinada, a la luz del derecho y un orden social indígena determinado implica una lesión a la integridad; o si una figura como el trabajo comunitario puede asociarse en alguna medida a la servidumbre.

[48] Cfr., sobre la ponderación como método de aplicación de los derechos fundamentales, entre otras, las sentencias C-1287 de 2001 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), C-210 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; AV Nilson Pinilla Pinilla), C-417 de 2009 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV Manuel S. Urueta, Conjuez, SV Luis Ernesto Vargas Silva), T-023 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra).

[49] En la sentencia SU-510 de 1998 se resolvió un problema que no abarcó la misma atención que la tensión entre la libertad religiosa y la integridad cultural de los ika. Los demandantes, miembros de la comunidad que adhirieron la fe evangélica afirmaron que se

produjo un reparto desigual de recursos por parte de las autoridades indígenas, lo que a su juicio sería discriminatorio. La Corte evaluó este aspecto a la luz del derecho a la igualdad y consideró que, dentro de la cultura ika, la adhesión a la religión evangélica constituía un criterio legítimo de diferenciación. SU-510 de 1998.

En materia de fuero indígena, y del ejercicio de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha expresado que, si bien las autoridades indígenas tienen la facultad de decidir qué casos conocen (carácter dispositivo de la jurisdicción), este derecho se limita cuando surge un caso similar a uno que ya fue decidido por la comunidad: en razón al principio de igualdad, la negativa de asumir el conocimiento de un nuevo caso estaría injustificada.

De similar manera, al estudiar si la decisión de expulsar a un indígena del territorio colectivo implica una pena de destierro, prohibida por la constitución nacional, la Corte falló en favor de la comunidad, al considerar que la pena de destierro supone el extrañamiento del territorio nacional, y no del territorio de la comunidad. Como puede verse, la Corte solo pudo efectuar este análisis por considerar que la prohibición se extiende a la autonomía de la comunidad. (T-523 de 1997).

[50] Esa atribución de un peso superior *prima facie* puede asimilarse, *mutatis mutandi*, al “peso” asignado a la libertad de expresión en los conflictos que suelen suscitarse entre esta y el derecho a la intimidad, en consideración a su relevancia para la vigencia de la democracia representativa; o a la preferencia normativa otorgada por la Constitución a los derechos de los niños. Ciertamente, estos derechos pueden ser derrotados en ejercicios de ponderación, pero al suscitarse conflicto con otros principios parten con un plus que debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de resolver la eventual colisión de principios.

[51] Caso relativo a la división territorial del resguardo Potrerito, en Coyaima, Tolima.

[52] Sobre el reparto de recursos del sistema general de participaciones en el resguardo de chenche buenos aires, Coyaima (Tolima) y la situación de los indígenas que hacían parte del censo de la comunidad pero no residían en el territorio colectivo

[53] La Jurisprudencia de la Corte ha considerado que la autonomía es especialmente amplia en temas como la elección de las autoridades propias del resguardo, (T-1258 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo), T-979 de 2006 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-737 de

2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis), la elección y traslado de ARS o EPS, C-088 de 2001 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez. SPV. Martha Victoria Sáchica Méndez) T-379 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), la destinación de los recursos que reciben los resguardos del Sistema General de Participaciones (T-704 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa), C-921 de 2007 MP. Clara Inés Vargas Hernández SV. Jaime Araujo Rentería), el ejercicio del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio T-188 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-380 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-428 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón), T-652 de 1998 (MP. Carlos Gaviria Díaz), entre otros.

[54] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[55] Ver, al respecto, el artículo 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 256. “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: (...) 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. Ley 270 de 1996, modificada por la ley 1258 de 2009, artículo 112: “Funciones de la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura. Corresponde a la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura: 2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional”.

[56] MP Jaime Córdoba Triviño.

[58] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo 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.” (C-139 de 1996). En las sentencias T-254 de 1994 y C-139 de 1996 la Corte puntualizó que, mientras el legislador expide la ley de coordinación interjurisdiccional, la jurisprudencia de Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional deben llenar ese vacío legal.

[60] Si bien las sentencias que a continuación se reiteran son de distinta tipología, por tratarse la primera de un fallo de revisión, y la segunda de un pronunciamiento de constitucionalidad, resulta útil presentarlas en el mismo acápite, pues con ellas se configuran las primeras hipótesis de conflicto entre jurisdicción especial indígena, fuero indígena y sistema jurídico nacional. Es decir, los eventos en que se presenta un hecho punible que solo atañe a la comunidad indígena, y la hipótesis en la que un indígena comete un delito por fuera de su territorio, pero en el que incide su condición de indígena. Además, en ambos casos se previó la diversidad cultural como criterio de interpretación para el juez encargado de dirimir el conflicto.

[61] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[62] MP Eduardo Montealegre Lynett.

[63] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[64] En cuanto lo que toca al problema procedimental, en los dos procesos acumulados, los jueces penales dictaron sentencia condenatoria sin haber dado trámite a sendas solicitudes de las autoridades indígenas para que les fueran remitidos los expedientes. En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional consideró relevante determinar el momento en que debía proponerse el conflicto, y el tipo de decisión que debería adoptar el juez constitucional en caso de omisión por parte de las autoridades judiciales, de su deber de remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura. Dos alternativas de decisión, “excluyentes entre sí y apoyadas en diferentes criterios valorativos y de interpretación”, fueron evaluadas por este Tribunal: (i) Tutelar el derecho al debido proceso de los peticionarios por la omisión de las autoridades judiciales, anular todo lo actuado, y remitir el expediente al Consejo

Superior de la Judicatura para dirimir la colisión y determinar la competencia, opción sustentada en el respeto por el principio del juez natural, el apego por las formas propias de cada juicio, y la asignación constitucional de competencias del Consejo Superior de la Judicatura; o bien, (ii) verificar directamente, en el caso concreto, si concurren los elementos del fuero: de no ser así, confirmar la decisión proferida por el juez penal; y, si se presentan los elementos personal y territorial, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y la autonomía indígena, anular lo actuado por la jurisdicción ordinaria, y ordenar la entrega del indígena y las pruebas a las autoridades tradicionales de la comunidad indígena concernida. La Corte Constitucional acogió la segunda alternativa considerando que, si bien es una decisión problemática por avalar la omisión de los jueces de instancia en la remisión del expediente al Consejo Superior de la Judicatura, resulta especialmente valiosa en casos en que el indígena es condenado, pues evita la transgresión de principios como el juez natural; la legalidad del delito, el procedimiento y la pena; y la autonomía jurisdiccional indígena. Además de atender principios de eficiencia, eficacia, oportunidad y celeridad, que informan el derecho de acceso a la administración de justicia.

[65] MP Carlos Gaviria Díaz.

[66] Como lo indicó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su reciente informe sobre Tierras y territorios de los pueblos indígenas, el reconocimiento de sus derechos territoriales parte del reconocimiento de la especial relación que une a estas comunidades con los lugares que habitan. Además, explica la Comisión “dicha relación especial es fundamental tanto para la subsistencia material como para la integridad cultural de los pueblos indígenas y tribales. La CIDH ha sido enfática en explicar, en este sentido, que ‘la sociedad indígena se estructura en base a su relación profunda con la tierra’; que ‘la tierra constituye para los pueblos indígenas una condición de la seguridad individual y del enlace del grupo’; y que ‘la recuperación, reconocimiento, demarcación y registro de las tierras significan derechos esenciales para la supervivencia cultural y para mantener la integridad comunitaria’. En la misma línea, la Corte Interamericana ha señalado que ‘para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras’; que ‘la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una

forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además, porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural'; y que 'la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas". (Destaca la Sala) Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2010.

[67] Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Constitucional han coincidido en señalar que el derecho de dominio de los pueblos indígenas sobre sus territorios se desprende de la posesión ancestral. El reconocimiento del título o la adjudicación de los territorios ancestrales a sus titulares no es por lo tanto constitutivo del derecho, sino un mecanismo para proteger bienes que son, por expresa disposición constitucional inalienables, imprescriptibles e inembargables. En ese sentido, ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "131. Sin embargo, esta Corte ha sostenido que, en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias - pero que carecen de un título formal de propiedad - la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro (...) 133. En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N'djuka, poseen una "relación omnicompreensiva" con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia de esta Corte en relación con las comunidades indígenas y sus derechos comunales a la propiedad, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, debe también aplicarse a los miembros de la comunidad tribal que residía en Moiwana: su ocupación tradicional de la aldea de Moiwana y las tierras circundantes - lo cual ha sido

reconocido y respetado durante años por los clanes N'djuka y por las comunidades indígenas vecinas (supra párr. 86.4) – debe bastar para obtener reconocimiento estatal de su propiedad. (Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Suriname. 15 de junio de 2005) || En la sentencia fundadora de línea, la misma alta Corporación Internacional destacó el derecho de las comunidades a ejercer dominio sobre sus territorios a partir de su posesión ancestral y del hecho de vivir tradicionalmente en ellos, así: “149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (...) 151. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro” (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. 1º de febrero de 2000). Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, en sentencias T-235 de 2011, T-282 de 2011 y T-698 de 2011 (Todas con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva) viene expresando que: “3. Las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad”.

Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-703 de 2008, T-955 de 2003, T-013 de 2009, T-514 de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos: Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, y Comunidad Mayagna (Sumo) Awaas Tingni v. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, entre otros.

[68] Al respecto, ver el caso de Yakyé Axa vs. Paraguay. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005.

[69] Así, en materia de consulta previa, la Corporación ha protegido el derecho en casos en los cuales (i) se discutía si se violó el derecho a la comunidad del resguardo de cañamomolomapieta, al haberse instalado una antena de telefonía celular en un lugar que la comunidad reclamaba como propio, mientras que la empresa cuestionada afirmaba que se hallaba en un predio privado, señalando que si bien existía una discusión sobre la titularidad física de ese espacio de tierra, la antena se hallaba en un lugar de relevancia cultural para la comunidad (T-698 de 2011. MP Luis Ernesto Vargas Silva); (ii) se planteaba una violación a la consulta previa por la concesión de un oleoducto por parte del resguardo de El turpial, La Victoria, comunidad indígena Achagua (en el Meta). La medida afectaba un sector del río Meta, de importancia para la comunidad. Al respecto, explicó la Corte: “Así, en consonancia con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia sobre el concepto de territorio en las comunidades étnicas, entendiendo por tal, no sólo las áreas tituladas a una comunidad, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades culturales, religiosas y económicas, etc. el Charcón Humapo, por ser el lugar donde la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura, su saber y sus costumbres, hace parte de su territorio ancestral. (T-693 de 2011. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub); y (iii) en la sentencia T-376 de 2012 se analizó la violación al derecho a la consulta previa por parte la Dimar, al otorgar una concesión a Inversiones Talamare (Hotel Las Américas) para el uso de un sector de la playa de La Boquilla que poseía importancia para el desarrollo de la cultura y para la subsistencia de la comunidad negra de LA Boquilla (T-376 de 2012. MP María Victoria Calle Correa)

En materia de autonomía jurisdiccional, la Corporación se ha referido al efecto expansivo del territorio en un caso en el que la comunidad indígena cofán reclamaba competencia para pronunciarse sobre un homicidio, ocurrido entre miembros de la misma. La Corte aclaró que si bien el territorio colectivo abarca el ámbito de la cultura de la comunidad, no resultaba tampoco procedente reconocer al pueblo cofán jurisdicción sobre un amplísimo espacio geográfico (T-1238 de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil); en la sentencia en la que se discutía un conflicto entre la EPS Indígena Wintukwa y una mujer de la comunidad arhuaca. Si bien la EPS no se hallaba dentro del resguardo indígena, sino en un municipio aledaño, la Corte consideró que el elemento sí se configuró porque la entidad era un espacio del

pueblo arhuaco (T-1238 de 2004. MP Rodrigo Escobar Gil). Finalmente, en la sentencia T-617 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), ante la discusión acerca de si una presunta agresión sexual a una menor de edad ocurrió en los límites del resguardo de Túquerres, dado que el hecho ocurrió en los caminos que unían distintas viviendas, al parecer, de propiedad privada, la Corte estimó que el resguardo citado se extiende en un amplio espacio geográfico donde habitan personas indígenas y no indígenas, y se mezclan distintas formas de posesión de la tierra. Para la Sala Novena resultó determinante sin embargo que los hechos se dieron en un lugar considerado por la comunidad como parte de su ámbito ancestral.

[70] Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-282 de 2011, en que la Corte protegió derechos territoriales a dos comunidades indígenas desplazadas y asentadas en un predio de la alcaldía de Cali, defendiendo su permanencia en el lugar hasta que el Estado les adjudicara tierras de igual o mejor calidad que aquellas de donde fueron desplazados. Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con comunidades de la región del chaco paraguayo, que fueron desplazadas de sus territorios, no por hechos asociados a un conflicto armado, sino por la ocupación de empresarios. Decisiones en las que la Corte Interamericana no solo defendió sus derechos sino que analizó las graves consecuencias que la ocupación de sus territorios produjo para el goce efectivo de sus derechos humanos. Así como el caso T-903 de 2009, en el que la Corte protegió el ejercicio del derecho propio de la comunidad kankuama, en la Sierra Nevada de Santa Marta, a pesar de que esta comunidad en un proceso histórico de desconocimiento de sus derechos había perdido no solo gran parte de su territorio, sino también de sus costumbres y su identidad étnica.

[71] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[72] Sobre los derechos de las víctimas, la Sala remite a las sentencias C-228 de 2002 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. APV Jaime Araújo Rentería), C-578 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. AV Rodrigo Escobar Gil), C-370 de 2006 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. SV Humberto Antonio Sierra Porto. SV Alfredo Beltrán Sierra. SV Jaime Araújo Rentería), C-823 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis. Unánime), C-979 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño. AV

Jaime Araújo Rentería), SU-254 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. AV Mauricio González Cuervo. SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez) y C-579 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV Jorge Iván Palacio Palacio, AV María Victoria Calle Correa, SPV Mauricio González Cuervo. AV Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV Alberto Rojas Ríos. SPV Nilson Pinilla Pinilla. AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[73] Así, desde una perspectiva jurídica “clásica”, el derecho es entendido como un subconjunto de la normatividad que guía los comportamientos de los miembros de una sociedad, es decir, como una parcela autónoma y distinta de la moral, la religión los usos sociales, etc.; integrado por los preceptos emanados de los órganos (personas e instituciones) a quienes se atribuye autoridad para expedir normas jurídicas, ya sea en virtud de otras normas o de una práctica de reconocimiento social. En cambio, desde la perspectiva de algunas comunidades indígenas, no existen aquellas fronteras y el derecho se concibe como un conjunto amplio en el que se funde la normatividad expedida por las autoridades políticas, preceptos morales, usos sociales y, en general, normas culturales de diverso tipo. Por esta razón, el derecho indígena no se manifiesta sólo a través de los canales y procedimientos institucionales, sino que tal fenómeno jurídico está integrado por una realidad más amplia: el papel de los sueños, los ritos, los mitos, los consejos, el arreglo directo entre las partes, el ejemplo, la conciliación, las mediaciones chamánicas son, entre otros, elementos de la experiencia jurídica indígena que quedan invisibilizados cuando aquella se contempla desde las categorías con las que los individuos se han habituado a mirar el derecho estatal. (Gloria Patricia Lopera Mesa y Esteban Hoyos Ceballos. Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal. 11 de julio de 2008. En este aparte, se basan a su vez en el trabajo del antropólogo Herinaldy Gómez. De la justicia y el poder indígena. Popayán, Universidad del Cauca. 2000.

[74] MP Rodrigo Escobar Gil.

[75] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[76] “Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales

constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas”. (T-552 de 2003).

[77] Si bien la Sala reitera la sentencia T-552 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), es importante señalar que consideraciones semejantes se efectuaron desde la sentencia T-523 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz).

[78] Cfr. “Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce en predecibilidad. En principio, ello remite a la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideran ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál el tipo y rango de las sanciones. Sin embargo, esa predecibilidad, que podríamos llamar específica, puede dar paso, en ciertos casos, a una predecibilidad genérica, en razón de la situación de transición que comporta el reciente reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y el proceso de reafirmación de su identidad cultural que se produjo a raíz de la Constitución de 1991. De este modo la previsibilidad estaría referida a la ilicitud genérica de la conducta, la existencia de autoridades tradicionales establecidas y con capacidad de control social, un procedimiento interno para la solución de los conflictos y un concepto genérico del contenido de reproche comunitario aplicable a la conducta y de las penas que le puedan ser atribuidas, todo lo cual debe valorarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por ello, para la Sala Quinta de Revisión (sentencia T-552 de 2003), la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, consistente en remitir el expediente a la justicia penal ordinaria, en virtud de la inexistencia de un compendio normativo de las normas de la comunidad (es decir, de un código), y por la ausencia de un reconocimiento externo de las autoridades tradicionales del resguardo, comportó un defecto sustantivo por error de interpretación del artículo 246 de la Constitución Política: “(...) resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden

jurídico tradicional”.

En sentido similar, ver sentencias T-523 de 1997 (MP Carlos Gaviria Díaz), T-552 de 2003 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-514 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-903 de 2009 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), en la que se permitió que la comunidad conociera de un asunto “civil” -relacionado con el dominio, posesión o tenencia de un bien inmueble- por primera vez, y consideró válida la posibilidad de que la comunidad fallara en equidad.

[79] Posteriormente, en las sentencias T-811 de 2004, T-1238 de 2004 y T-1026 de 2008, se reiteró la necesidad de acreditar el elemento “objetivo referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”. En el fallo reiterado (sentencia T-552 de 2003) agregó la Corte: “...la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización”. Dado que la segunda formulación se encuentra ya delimitada dentro del elemento institucional, y que las posteriores reiteraciones de esa sentencia se refieren solo a la primera definición, la Sala se concentrará en ella: el elemento objetivo como entendido como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva.

[80] La Sala Plena consideró, en relación con el factor objetivo de competencia en la sentencia T-617 de 2010: “Con el fin de precisar ese criterio, resulta útil tomar en cuenta algunas formulaciones propuestas por el Consejo Superior de la Judicatura en las que explica que ese elemento hace referencia a la pertenencia de la comunidad indígena del sujeto pasivo o el objeto material objeto de la conducta; o en otros términos, del bien jurídico afectado. Puede, entonces, definirse el elemento objetivo como la condición de indígena del sujeto afectado, o del titular del bien jurídico ofendido; o, la naturaleza cultural del bien jurídico afectado. A pesar de la precisión obtenida a partir de las consideraciones de la autoridad judicial citada, una revisión somera de su jurisprudencia permite concluir que del elemento objetivo han surgido más inquietudes que certezas. || Así, en algunos fallos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura en el escenario que nos ocupa, la competencia se definió exclusivamente con base en los factores personal y territorial; en otras sentencias, la pertenencia de la víctima al resguardo se estableció como requisito de procedencia del fuero, en atención al elemento objetivo; en algunos

pronunciamientos, la Corporación sostuvo una posición un poco más débil, señalando que si bien es relevante determinar la pertenencia de la víctima a la comunidad, de ahí no se deriva una regla definitiva de exclusión de la competencia de la jurisdicción especial indígena; lo anterior, dejando de lado que la identidad étnica de la víctima en ocasiones se ha ubicado como parte del elemento personal.

Una última formulación, cuya relevancia parece aumentar en el Consejo Superior de la Judicatura, presenta el elemento objetivo en función de la gravedad de la conducta. De acuerdo con esta posición, existiría un umbral de nocividad, a partir del cual un asunto trasciende los intereses de la comunidad por tratarse de un bien jurídico universal y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Esa posición ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a sustraer a la jurisdicción especial indígena del conocimiento de asuntos relativos a tráfico de estupefacientes, secuestro, abuso de menores, y a plantear a manera de regla general la exclusión de la JEI de delitos o crímenes de lesa humanidad de manera general.

Esa formulación establece un notable énfasis en el carácter excepcional de las jurisdicciones especiales, y parte de premisas adicionales que vale la pena mencionar: (i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines que persigue su consagración. (iii) Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad que deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, especialmente tomando en cuenta que la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva.

Para determinar el alcance que debe tener el elemento objetivo en la jurisprudencia constitucional, la Sala considera pertinente evaluar la validez de esas premisas, pues tocan aspectos de indudable relevancia constitucional. Primero, es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, las jurisdicciones especiales tienen un carácter

excepcional, y que este Tribunal ha sostenido explícitamente que las normas que confieren competencia a la justicia penal militar deben ser interpretadas restrictivamente[80]. Esta posición, empero, debe ser matizada en el caso de la jurisdicción especial indígena, debido a la necesidad de armonizar el carácter excepcional de la jurisdicción indígena con el principio de maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes, asociado a su supervivencia como grupos culturales.

Así pues, es claro que para extraer un caso de la justicia ordinaria y remitirlo a la jurisdicción especial indígena deben configurarse todos los elementos que aseguren el ejercicio efectivo de la coerción social en el ámbito territorial de la comunidad o resguardo concernido, en virtud del carácter excepcional de las jurisdiccionales especiales. Sin embargo, frente a la jurisdicción especial indígena, al hacer la evaluación específica de cada uno de los elementos definitorios del fuero, el juez puede adoptar una forma de interpretación más amplia, orientada a garantizar al máximo la vigencia de los derechos colectivos de la comunidad.

Segundo, el Consejo Superior de la Judicatura, como juez natural de los conflictos de competencia entre jurisdicciones puede aplicar, por analogía, criterios que ha desarrollado al definir diversos tipos de conflicto. Sin embargo, al hacerlo, debe respetar el principio de igualdad, eje axiológico y normativo de nuestra Carta Política.

(...) Para la Sala, la analogía entre el fuero militar y el fuero indígena resulta injustificada si se basa únicamente en el carácter excepcional de los fueros o en los fines de cada una de las jurisdicciones. Lo primero porque, como se expresó, la excepcionalidad de los fueros especiales no acarrea necesariamente una concepción restringida de la jurisdicción especial indígena debido al principio de maximización de la autonomía; lo segundo porque los fines de la justicia penal militar están definidos con precisión en los artículos 122 y 216 a 218 de la Fuerza Pública (atañen a la conservación de la seguridad y soberanía nacional, y la protección del ejercicio de los derechos y libertades públicas), en tanto que la diversidad cultural, por definición, presenta una multiplicidad de facetas y fines, dentro de los cuales resultaría difícil establecer el alcance específico de la jurisdicción especial indígena.

Por ello, si bien resulta plausible partir de las funciones y fines de la Fuerza Pública para determinar el alcance de la justicia penal militar, esta operación puede resultar insuficiente

en el caso de la jurisdicción especial indígena, asociada a la garantía de una gama de intereses diversos que pueden tener un contenido variable, en un país en el que conviven aproximadamente un centenar de culturas diferentes: a manera enunciativa, entre ellos se encuentran, la supervivencia de formas de vida diversas; la igualdad entre culturas; el pluralismo como principio fundante del Estado; la participación de todos los sectores de la nación; la garantía de la igualdad frente a sectores histórica, social y geográfica marginados; la especial relación de los pueblos aborígenes con la tierra y el medio ambiente; el juzgamiento por parte de personas con las mismas ideas y concepciones; el respeto por las minorías étnicas, etc.

[81] Como anexo de la sentencia, se presenta un compendio de las subreglas y criterios mencionados.

[82] Lo anterior, sin perjuicio de que en determinados casos el examen de un factor sea de menor dificultad: por ejemplo, en un caso que no sea “penal” no habría una víctima, así que el examen de institucionalidad, en principio, se limitaría a la existencia de usos y costumbres, procedimientos y autoridades propias con la disposición para adelantar el conocimiento del caso.

[83] Finalmente, en la citada sentencia T-617 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[84] Ver, “Norma general, norma especial: el Código Civil de 1887 y la Ley 89 de 1890, un caso de regulación protectora de las minorías durante la Regeneración”. Fernando Mayorga García. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Revista Mexicana de Historia del Derecho, XXVII, pp. 159-182

[86] *Ibídem*.

[87] *Ibídem*.

[88] MP Simón Rodríguez Rodríguez. En esa decisión se analizó la exequibilidad de la Ley 20 de 1974 por la cual se aprobó el Concordato y el Protocolo final, suscrito en Bogotá el 12 de julio de 1973, entre el Excelentísimo señor Nuncio Apostólico y el señor Ministro de Relaciones Exteriores.

[89] Así reseñó la Sala Plena la intervención de la Onic en ese trámite: “El Secretario de la

Organización Nacional Indígena de Colombia envió igualmente un escrito a esta Corte, en el que defiende la constitucionalidad de las normas demandadas. La Ley 89 de 1890, de acuerdo con los argumentos del interviniente, es una conquista de los pueblos indígenas de Colombia, por cuanto ha representado la posibilidad de conservar una legislación propia, conforme con los usos y costumbres indígenas, y de poseer tierras comunales bajo la figura del resguardo. En consecuencia, manifiesta que la demanda objeto de la presente decisión significa la puesta en peligro del fuero especial indígena, la jurisdicción propia y de la inalienabilidad de la propiedad de los resguardos. || En relación con cada uno de los cargos contenidos en la demanda, afirma lo siguiente: el artículo 1 de la ley acusada no es inconstitucional por el sólo hecho de utilizar una terminología anacrónica, que ha sido remplazada por la contenida en la legislación nacional reciente y en los tratados internacionales; el anacronismo en los términos es común en estatutos legales antiguos, como el Código Civil, y no implica la violación automática de normas constitucionales. Por el contrario, el artículo 1 es compatible con la Constitución porque desarrolla la potestad de los pueblos indígenas de regirse por normas acordes con sus usos y costumbres. Por otra parte, las facultades otorgadas a las misiones católicas en el gobierno de los indígenas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte en la sentencia C-027 de 1993, relativa al Concordato. En cuanto al artículo 5, afirma que no es cierto que la competencia judicial allí otorgada a los cabildos indígenas vulnere la atribución de la función jurisdiccional a los funcionarios de la rama judicial, porque dicha competencia resulta de la autorización dada por la Constitución para que exista una legislación y una jurisdicción particulares para los asuntos relacionados con el manejo de los resguardos (artículo 246 CP). Por último, en relación con el artículo 50 de la ley acusada, sostiene que esa disposición fue derogada por los artículos 63 y 329 de la Constitución, que establecen la inalienabilidad de los resguardos y demás tierras comunales de los grupos étnicos.

[90] “Terrazgueros o terrajeros son indios sin tierra que cultivan parcelas dentro de las haciendas debiendo pagar terraje o sea arriendo en forma de días de trabajo para el patrón. Las parcialidades o tierras de Resguardo, aunque protegidas formalmente por leyes paternalistas en la época de la colonia, estuvieron siempre amenazadas de hecho por la dinámica misma del proceso colonizador”. Del estudio preliminar efectuado por Gonzalo Castillo Cárdenas, del texto *En defensa de mi raza*, principal obra de Manuel Quintín Lame.

[91] Durante la guerra civil de 1885, luego de que las tropas gubernamentales derrotaron al ejército rebelde en Silvia (Cauca), llegaron a la casa de los Lame tres hombres armados que violaron a Licenia, su hermana muda. Ella murió cinco años después cuando Manuel Quintín empezó a ayudar a sus hermanos mayores en las faenas agrícolas. Fue precisamente desde su velorio, cuando Lame empezó a frecuentar el rancho de Leonardo Chantre, su tío materno, quien viejo, solo y cojo, acostumbraba a leer periódicos viejos durante sus descansos. A él y a sus hermanos, el anciano les narraba historias de duendes, de brujas, las cosas que sucedían en Popayán y les leía fragmentos de las noticias que aparecían en sus periódicos. La lectura atrajo el interés de Lame, quien solicitó a su padre lo matriculara en la escuela. Como respuesta, su progenitor le puso al frente un hacha, una hoz, una pala y un güinche y le dijo que esa era la verdadera escuela del indio. El muchacho optó por esforzarse y aprender con su tío los rudimentos de la lectura y la escritura, utilizando la tierra, las paredes y las hojas de palmicha para sus deletreos. (Ficha Bibliográfica, Marta Herrera Ángel) Biblioteca Luis Ángel Arango, disponible en Internet. Para información más detallada puede consultarse el reciente libro “la Quintiada”, compilación de ensayos y documentos históricos sobre la vida de Manuel Quintín Lame, o incluso sus notas autobiográficas en “Los pensamientos del Indio que se educó en las selvas colombianas” (1993). Diego Castrillón Arboleda “El Indio Quintín Lame”, Bogotá Tercer Mundo Editores, 1971. “Tras las huellas de Manuel Quintín Lame” Paulo Illich Bacca, en La Quintiada (1912-1925), citada.

[92] Al respecto, “Manuel Quintín Lame: sabiduría y saber escolar” (Disponible en Internet): “Quintín Lame expone la idea de que ‘el saber’ proveniente de la naturaleza es el eje del proceso de formación. Aunque el concepto empleado por el autor no es el de conocimiento, ni de enseñanza, sino el de sabiduría, una de las acepciones del saber. La naturaleza es el lugar donde se encuentran todos los teoremas de la ciencia del mundo material y también la ciencia del mundo espiritual. (...) Aquí saber (...) es pues lo que es sabido, lo que ha sido adquirido, en un estado estático y una apropiación íntima. “Quintín no sólo habla de un saber general, hace referencia a un saber específico muy de acuerdo con las preocupaciones escolares de la época. Este saber escolar se concreta en dos saberes: “el saber del plan” y “el saber natural”. Hacia 1884 y 1903 este saber escolar se organiza tanto en torno de aquellas exigencias culturales y religiosas como de los saberes disciplinares que se han didactizado y que se organizan en un plan temporal. La escuela no sólo organiza y adecúa aquellos saberes que provienen de las ciencias sino aquellos que se inscriben en

el ámbito de la producción y la cultura, estableciendo un corte con el origen social de muchos de aquellos saberes” () “el saber escolar es un saber parcial como señala Beilleron (...) finito, en palabras de Quintín, puesto que no corresponde a nuestras necesidades de trascendencia; y la sabiduría, un saber absoluto y plural por el cual el hombre en este caso, el indígena, se relaciona con su medio. Pero este saber es infinito (...)”

[93] Al respecto, consultar el penetrante ensayo de Julieta Lemaitre Ripoll “¡Viva nuestro derecho! Quintín Lame y el legalismo popular”, donde explica la interpretación favorable de la ley 89 de 1890 y de la Ley penal derivada del trabajo de Manuel Quintín Lame.

[94] MP. Jaime Córdoba Triviño.

[95] Este organismo, sin embargo, enfrentaba en ese momento intensos problemas de financiación pues el Consejo Superior de la Judicatura interpretó que como las jurisdicciones especiales no hacen parte de la administración de justicia no tenía la obligación de contribuir económicamente para su funcionamiento. La Corte aclaró que el reparto adecuado, oportuno y efectivo de recursos para el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas es también un componente de sus derechos fundamentales.

[96] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[97] MP. María Victoria Calle Correa.

[98] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[99] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[100] Entre otras: sentencias C-615 de 2009, C-882 de 2011, T-514 de 2012, C-350 de 2013.

[101] Sentencias C-208 de 2007, T-514 de 2012.

[102] Sentencia T-920 DE 2011.

[103] Sentencia C-152 de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Párr. 4.1.1.

[104] Sentencia C-320 de 1997. M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

[105] Sentencia C-840 de 2006. M.P.: Humberto Sierra Porto.

[106] “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”.

[107] Al respecto ver: Sentencia C-139 de 1996. M.P: Carlos Gaviria Díaz.

[108] Al respecto ver: Sentencia C-152 de 2003. M.P: Manuel José Cepeda.

‘Cfr. sentencia C-901 de 2011 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.