Sentencia T-001/12

DERECHO A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reiteración de jurisprudencia

Los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y en parte de la legislación nacional. Estos derechos implican derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de sus tradiciones, lengua, cultura e implica el otorgamiento de un espacio legal particular con capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar. Sin embargo, la normatividad sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no presupone una escisión definitiva de las comunidades indígenas reconocidas en su especificidad con el contexto nacional, ya que si bien los Pueblos Indígenas son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, estos derechos deben coordinarse, armonizarse y conciliarse con el principio de unidad nacional debido a que las comunidades indígenas

LIMITACIONES A LA JURISDICCION INDIGENA Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL FUERO INDIGENA

Las comunidades indígenas tienen el derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada de manera que, una vez asumido un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria. La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que, cuando en el caso sometido a su conocimiento todas las partes son integrantes de la misma comunidad, la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas para resolverlo, está sometida al respeto de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y al debido proceso, que son principios de mayor monta que la diversidad étnica y cultural y sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural. En esta medida, corresponde al operador judicial consultar la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad en cuestión para resolver el caso, pues cada comunidad es diferente y en principio, a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. En todo caso, cuando se presenta una tensión entre los derechos individuales fundamentales y el reconocimiento de la diversidad étnica y

cultural, el juez debe atender las circunstancias particulares del caso concreto y tener en cuenta que las características de los elementos que integran la jurisdicción especial indígena varían en función de la cultura específica. La jurisdicción especial indígena se define como derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria. Teniendo en cuenta esta diferenciación la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de criterios para determinar el fuero y la jurisdicción indígena. En conclusión sobre este punto, para determinar el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, la Corte ha establecido cuatro criterios. El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelto en su comunidad; en segundo lugar el criterio territorial, que se refiera que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión, criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predicibilidad de carácter genérico. Estos elementos determinantes para establecer el fuero y la aplicación de la jurisdicción indígena pueden tener algunas excepciones que se deben resolver por parte del juez, ponderando en algunos casos entre los diferentes criterios de aplicación del fuero indígena y escogiendo si se debe aplicar la normatividad nacional o la normatividad de determinada comunidad indígena

RENUNCIABILIDAD DEL FUERO INDIGENA Y REGULACION DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA

Con relación a la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial, se tiene que hablar de tres supuestos: por una parte (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (iii) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la

comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen.

RENUNCIA AL FUERO INDIGENA-Desde los tres ámbitos estudiados no ha sido resuelto de manera puntual por parte de la Corte Constitucional

El tema de la renuncia al fuero indígena desde los tres ámbitos estudiados, no ha sido resuelto de manera puntual por parte de la Corte. Aunque hay que tener cuenta que en el caso de la renuncia al fuero especial indígena por parte de la comunidad, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha establecido la imposibilidad de renuncia del fuero ya que se violarían los principios de juez natural, el ejercicio del derecho del indígena comprometido en el conflicto, los principios de igualdad, debido proceso y acceso a la justicia. Sobre el tema de la renuncia de un miembro de la comunidad al fuero especial o a las prerrogativas de su condición – no obligatoriedad de prestación del servicio militar –ha establecido de manera tangencial que dicha renuncia es posible sobre la base del principio de autonomía. Sin embargo, el tercer supuesto, el de la renuncia al fuero como sanción de una autoridad indígena o de la comunidad, la Corte no ha resuelto todavía un caso concreto, y dicha situación puede ser problemática en la conciliación de las tensiones que se presentan entre los derechos colectivos y los derechos individuales de los miembros de la comunidad que son sometidos a dichos castigos o penas. En dicho supuesto se puede constituir otra limitación a la jurisdicción indígena por la posible violación del principio de identidad cultural del miembro de la comunidad por parte de la colectividad.

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA-Regulación internacional y nacional/INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA Y PRINCIPIO PRO INFANS

Con relación al interés superior del niño indígena, el principio pro infans se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO INDIGENA

En conclusión sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio proinfans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad. Por otro lado se destaca que la reglamentación que se ha dado en Colombia, refleja las recomendaciones y observaciones de los pactos y tratados internacionales sobre la materia que se basa en el consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de instancias de diálogo, comunicación y concertación. De esta manera se constata la irrupción de una normatividad reglamentaria de carácter “mixto” o “sincrética” ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades indígenas, proveyendo igualmente la participación a los menores de edad en las decisiones que les afectan.

ACCION DE TUTELA FRENTE A MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL-Procedencia excepcional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable

Estima la Sala que es competente para resolver el caso concreto porque no es suficientemente claro que la impugnación ante la instancia administrativa o ante el juez de familia pueda llegar a resolver la violación de los derechos fundamentales alegados por la tutelante y su hija a tener una familia y no se separada de ésta (art. 44), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y al acceso a la administración de justicia (art. 229). En efecto, aunque en el presente caso pueden existir las acciones administrativas y judiciales ordinarias, dichas acciones no son idóneas para resolver los aspectos sustanciales del caso

relacionados con la posible violación de los derechos fundamentales de la tutelante y los de su hija. Además por tratarse de un caso en donde se conjugan elementos propios de la jurisdicción indígena con otros de la legislación ordinaria que tienen que ver no solo con la competencia, sino con la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena estima la Sala que es competente para resolver el caso. Por otra parte considera la Sala que el perjuicio irremediable se presentaría en este caso porque con lo resuelto en el acuerdo de conciliación del dos (2) de mayo de dos mil diez (2010) no solamente dio lugar a que ella no pudiera ver a su hija sino por siete (7) días al mes, sino que no se tuvo en cuenta que esta situación se agrava cuando la menor se encuentre en el resguardo de la comunidad de Yurí, ya que esta tendría que pagar con los gastos del transporte, circunstancia que se hace demasiado onerosa e imposible de cumplir debido a las condiciones económicas de la tutelante. Igualmente estima la Sala que en este caso se hace viable la acción de tutela porque se evidencia que se presenta un perjuicio irremediable por el supuesto incumplimiento por parte del padre y de los abuelos del régimen de visitas acordado en la conciliación, hecho que da lugar a que la niña pierda el vínculo de afecto y amor con la madre

PRINCIPIOS QUE PUEDEN SER APLICADOS PARA LA SOLUCION DE CASOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS O TENSIONES ENTRE LA NORMATIVIDAD ORDINARIA O NACIONAL Y LA NORMATIVIDAD DE CADA UNA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS/PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA DIFERENCIA/PRINCIPIO DE MAXIMIZACION DE LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y LA MINIMIZACION DE LAS RESTRICCIONES

De acuerdo con la Constitución, los pactos y convenios firmados y ratificados por Colombia y algunas normas legales, las comunidades indígenas y sus miembros cuentan con especiales derechos, que se relacionan con su identidad étnica y cultural. En esta serie de derechos también se establece en la Constitución de 1991 la jurisdicción y el fuero especial indígena, que ha dado lugar a que dentro de la jurisprudencia constitucional se creen una serie de principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con conflictos y tensiones entre la normatividad ordinaria o “nacional” y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas. En la solución de los conflictos y las tensiones se utilizan los principios de “la igualdad en la diferencia” y la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones

RENUNCIA A LA JURISDICCION Y AL FUERO INDIGENA-La Corte ha establecido

tangencialmente la posibilidad de esta renuncia

Se dijo que en principio el fuero y la jurisdicción especial indígena no es renunciable aún en casos relacionados con menores de edad, en donde se conserva el criterio objetivo de solución de todos los conflictos en el seno de la comunidad. Sin embargo, cuando se trata de un miembro de la comunidad que decide renunciar a su condición de indígena para que no se le aplique dicha jurisdicción en un caso concreto, la Corte ha establecido tangencialmente la posibilidad de esta renuncia. En estos casos, sin embargo, el juez constitucional deberá establecer que dicha renuncia se haga de manera definitiva (i), que sea en desarrollo del principio de autonomía (ii) y que no sea utilizada como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria, sino como una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que se pertenece (iii). Una renuncia que no se realice bajo dichos supuestos limitaría los principios de identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, ya que relativizaría la jurisdicción y la potestad de las autoridades indígenas de juzgar todos los casos dentro de la comunidad. Por esta razón el juez constitucional tiene que ser cuidadoso en la valoración de las renuncias y debe realizar un juicio estricto que valore y sopese los tres supuestos antes mencionados. Estima la Sala que la explicación de este comportamiento se configura como una renuncia implícita no a la condición de indígena, la cual manifiesta tener, sino a la jurisdicción y al fuero indígena. Esta renuncia implícita al fuero y a la jurisdicción indígena de parte de la accionante no puede ser comprendida desde una sola perspectiva por parte de la Sala, y se pueden dar explicaciones de índole personal, económica o de temor a la imparcialidad de los fallos que emite esta jurisdicción. Sin embargo, considera la Sala que teniendo en cuenta el principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones”, así como el criterio objetivo relacionado con que todos los casos que se presenten en la comunidad y entre sus miembros deben ser solucionados por la jurisdicción indígena, se concluye que la renuncia implícita a la jurisdicción y al fuero indígena de parte de uno de los miembros de la comunidades no es inescindible a la renuncia a la calidad de indígena y por ende si se evidencia, como en el caso en estudio, que el miembro de una comunidad indígena no ha renunciado plenamente a su condición indígena, tampoco se puede dejar de aplicar la jurisdicción indígena y su fuero especial

ACUERDO QUE ESTABLECIO CUSTODIA DE MENOR DE EDAD-Se vulneraron varios derechos fundamentales al no seguirse el procedimiento establecido para estos casos/RESOLUCION

2785/09 DEL ICBF-Lineamiento Técnico del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas/DERECHO FUNDAMENTAL A TENER UNA FAMILIA Y NO SER SEPARADA DE ELLA Y DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA-Orden de realizar una nueva conciliación sobre la custodia de la menor

En el caso concreto estima la Sala que se deben revocar las decisiones de instancia y tutelar a la demandante y a su hija por la violación de sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44 de la C.P.), así como el derecho al acceso a la justicia (art. 229 de la C.P.), ya que se evidenció una serie de irregularidades y omisiones en el acta de conciliación de dos (2) de mayo de dos mil diez (2010). Estas irregularidades dieron lugar a que la madre no supiera a qué instancias acudir ante el incumplimiento de lo pactado y que hasta la fecha no se haya podido cumplir con el régimen de visitas dispuesto en el acuerdo y que por ende la madre no pudiera estar con su hija. Del mismo modo se constató que no se violó el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre, ya que no se comprobó que la tutelante haya renunciado de manera definitiva a su condición de indígena y por ende a que no se le aplicaran las normas de la jurisdicción especial. Por otro lado se evidenció que la conciliación del dos (2) de mayo de dos mil diez (2010), aunque fue producida en forma irregular, tenía como fundamento la Resolución 2785 de 2009 que reglamenta el procedimiento de restablecimiento de los niños, niñas y adolescentes indígenas, de manera que se integraran las normas y procedimientos de las autoridades indígenas si así lo autorizan éstas. Igualmente aunque no se surtió el proceso de consulta previsto en la Resolución 2785 de 2009 para verificar si la autoridad indígena asumía la responsabilidad directamente, entregaba la responsabilidad a la autoridad administrativa o asumía conjuntamente con la autoridad administrativa en quién radicaba la competencia, constata la Sala que las autoridades puinaves habían decidido autorizar de manera implícita que el procedimiento de custodia de la niña se produjera con el acompañamiento del ICBF. Por este hecho no se constata que se haya producido una vulneración de la jurisdicción indígena, del criterio objetivo ni del principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones en este caso. Sin embargo, encuentra la Sala que en atención al interés superior del niño y a los derechos de la madre y la niña a tener una familia y a no ser separadas de esta, se ordenará que se haga nuevamente una conciliación sobre la custodia de la menor en el término máximo de un (1) mes en donde se dará una participación adecuada a las autoridades indígenas. Por otra parte se ordenará que en el término máximo de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la

notificación de esta providencia el ICBF tome una serie de medidas para determinar la situación familiar, el estado de salud y la situación psíco-afectiva de la niña. Así mismo se ordenará que para fortalecer los lazos de afecto y amor entre la madre y la niña, y mientras se realice la nueva conciliación, ésta permanezca quince (15) días con la madre, previa su valoración psicológica. Por último se ordenará que cada tres (3) meses la partes rindan informe sobre el cumplimiento de lo acordado en la conciliación ante el Defensor de Familia del ICBF y la Personera Municipal de Puerto Inírida y que al año siguiente de tomada la decisión sobre la custodia de la menor se haga un informe al juez de primera instancia por un grupo de especialistas conformado por médicos, psicólogos, antropólogos, nutricionistas sobre la situación de salud y psíco-afectiva de la niña.

Referencia: expediente T-2.801.782

Acción de tutela instaurada por Yelitza Paola Quimbayo a nombre propio y en representación de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- regional Guainía y Eduar Medina, Capitán de la Comunidad Yuri.

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Colaboró: Gonzalo Ramírez Cleves y Olga Velásquez Ocampo

Bogotá, D.C, once (11) de enero de dos mil doce (2012)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, JORGE IVÁN PALACIO PALACIO y JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía y la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Villavicencio, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

1.1. Yelitza Paola Quimbayo presentó acción de tutela a nombre propio y en representación de su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo1 por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la familia, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a la justicia por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, y Eduar Estibenzon Medina, Capitán de la Comunidad de Yuri.

1.2. Señaló que en el año 2007 quedó embarazada de Arístides Parada; que el embarazo y el parto se desarrolló en Puerto Inírida, Guainía, donde fue atendida por un médico blanco y que su hija fue registrada en dicha ciudad, con el nombre de Sirley Estefanía Parada Quimbaya (sic)2. La niña nació el trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008) y fue registrada en Inírida, Guainía. Vivió con su madre hasta la edad de seis (6) meses momento en el que fue "raptada" por su padre y llevada a la Comunidad Yuri.

1.3. La demandante adujo que el dos (2) de mayo de dos mil diez (2010)la señora Ada Luz Fontalvo Morales, Defensora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, y el señor Eduar Medina en su calidad de Capitán de la Comunidad de Yuri, llevaron a cabo una reunión donde se decidió que Chirley Stefanía Parada Quimbayo, hija de Yelitza Paola Quimbayo y Arístides Parada, estaría bajo la custodia de sus abuelos paternos, Cecilia Rodríguez y Jaime Parada, y acordaron que la madre visitaría a su hija siete (7) días al mes, cuando los abuelos de la menor permanecieran en Puerto Inírida, Guainía, siendo obligación de la actora asumir los gastos derivados del viaje y alojamiento.

1.4. La accionante indicó que nació en Yuri y que allí no conoció ningún reglamento sobre justicia indígena; del mismo modo, afirmó que desde hace muchos años no recibe ningún privilegio de la Comunidad de Yuri, y que desdehace más de cinco (5) años vive, estudia y trabaja en Puerto Inírida, Guainía.

1.5. La señora Quimbayo agregó que a su modo de ver el Capitán de la Comunidad de Yuri y la Defensora de Familia del ICBF no pueden quitarle a su hija y negarle el derecho a tener

una familia con base en la normatividad que rige en la mencionada comunidad.

1.6. La accionante señaló que el acta de conciliación donde quedó consignado el acuerdo sobrepasa a la Constitución y a la ley, toda vez que teniendo en cuenta los "Usos y Costumbres" de la Comunidad indígena, se le vulneraron no sólo sus derechos fundamentales sino también los de su hija, ya que la niña quedó bajo la custodia de sus abuelos paternos3. Explica ante el juez que, "…no entiendo como la señora defensora de familia del ICBF y el capitán de la Comunidad de Yurí, me arrebatan mi hija y me imponen una carga económica que no tengo como pagar como es del caso de pagar el trasporte de los abuelos de Yurí-Inírida-Yurí, todos los meses; cuando ellos decidan irse a vivir a la comunidad de Yurí, porque a la fecha viven en el Paujil y dicen que más o menos en un año se van para la comunidad de Yurí, fecha desde la cual les debo pagar a los abuelos el trasporte de Yurí-Inírida-Yurí; señora Juez es como si me hubiesen dicho en otras palabras no puedo volver ver más a mi hija desde la fecha que los abuelos decidan viajar a la comunidad de Yurí, el costo de la gasolina es aproximadamente $100.000; un motorista cobra $40.000 y el arriendo de un bongo día $40.000, lo cual nunca podré pagar (…)".4

1.7. De otro lado dice que de acuerdo con la Sentencia T-217 de 19945, una Defensora de Familia no puede utilizar el derecho de colocación familiar para dejar sin piso jurídico el derecho del niño a tener una familia. Del mismo modo señala que, "no pueden obligarme a hacer algo que no quiera, ni mucho menos aplicarme una ley o una norma de un lugar al cual yo no pertenezco, dado que estarían violándome el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la Constitución Política Actual) y el acceso a la Justicia (Artículo 29 de la Constitución Política Actual)"6. Finalmente indica que se encuentra ante una situación de amenaza al derecho fundamental a tener una familia y no ser separada de ella contemplado en el art. 44, al igual que a gozar a una formación integral al lado de su mamá, "esta pretensión que le hago del espíritu de la Sentencia T-278 de [1]994…"7.

II. SOLICITUD DE TUTELA

III. INTERVENCIÓN DE LAS PARTES ACCIONADAS

3.1 Defensora de Familia

3.1.1. La Defensora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Guainía, solicitó

que las pretensiones de la accionante no fueran tuteladas, aduciendo que en cumplimiento de su trabajo, adelantó las diligencias necesarias para que la señora Yelitza Paola Quimbayo y las autoridades indígenas de la Comunidad de Yuri decidieran sobre la custodia de Chirley Estefanía Parada. Explicó que las partes son miembros de una comunidad indígena, y en virtud de la normatividad vigente del artículo 246 de la Constitución Política12 y el artículo 13 de la ley 1098 de 200613, cuando se trata de temáticas relacionadas con diversidad étnica y cultural y derechos de los niños indígenas, se deben respetar los derechos fundamentales de los menores, los cuales se encuentran consagrados en la Constitución y la ley.

3.1.2. De acuerdo con lo declarado por la señora Ada Luz Fontalvo, el ICBF prestó a las partes las instalaciones para llevar a cabo la conciliación, garantizó la protección de los derechos de la accionante y veló por los derechos de la niña. Dijo que las partes concertaron las visitas y la manutención de la menor. Asimismo indicó que la accionante se mostró conforme con las decisiones tomadas y mostró su aceptación mediante la firma del acta de conciliación. Por otro lado, indica que la señora Yelitza Paola Quimbayo nunca mencionó que no hiciera parte de la Comunidad Yuri. Por el contrario, se le pidió que hablara en su lengua natal, petición a la cual accedió. Añadió, que las disposiciones tomadas en el marco de la conciliación quedaron consignadas en el acta y fueron aceptadas libremente por las partes.

3.1.3. Por otra parte señaló que con el propósito de velar por los derechos de la menor Chirley Estefanía Quimbayo, el ICBF realizó una visita social y valoración por nutrición, y que, después de realizar dichas evaluaciones afirmó que “la menor ha vivido y crecido en el seno de la familia paterna indígena etnia Puinave, bajo sus usos y costumbres culturales en la Comunidad de Yuri”14.

3.1.4. Finalmente, manifestó que la menor cuenta con los elementos necesarios para un adecuado desarrollo físico, psicológico, emocional y afectivo, y consideró, que los derechos de la niña no están siendo conculcados, ya que no se encuentra en una situación de peligro. Dice que si bien la señora Yelitza Paola Quimbayo no ha estado con la menor, la abuela paterna “ha ocupado dicho espacio con amor”15.

3.2. Eduar Estibenzon Medina Parada, Capitán de la Comunidad Yuri

El quince (15) de junio de dos mil diez (2010) el señor Eduar Estibenzon Medina Parada rindió declaración ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía, en la que consta que

en dicha fecha y desde el trece (13) de enero de dos mil diez (2010) se desempeñaba como Capitán de la Comunidad de Yuri. En la mencionada diligencia se señaló que el problema sobre la custodia de la menor Chirley Stefania Parada no se solucionó en sede de la jurisdicción indígena porque la madre de la niña interpuso demanda ante el Bienestar Familiar. Además indicó que en la conciliación realizada por los padres y abuelos de la menor se contó con su participación, y que además la decisión sobre el tiempo que iba a pasar la menor con los abuelos y con la madre fue producto de un acuerdo consensual entre las partes, donde la madre aceptó plenamente el convenio16. Finalmente dijo que la tutelante desde hace más de año y medio no vive en la Comunidad de Yuri, y que la niña Chirley Stefania Parada Quimbayo ha vivido la mayor parte del tiempo en Yuri, ya que siempre ha estado bajo el cuidado de la señora Cecilia Rodríguez, abuela paterna de la menor.

IV. PRUEBAS

Buscando obtener elementos de juicio necesarios para decidir el asunto objeto de estudio, el Magistrado Sustanciador, mediante auto de dos (2) de febrero de dos mil once (2011) suspendió el proceso de la referencia, y a partir de este se expidieron los autos de (2) de febrero de dos mil once (2011);cinco (5) de septiembre de dos mil once (2011);catorce (14) de octubre de dos mil once (2011) y dieciocho (18) de noviembre de dos mil once (2011), en donde se realizaron diferentes requerimientos con el fin de conocer las posiciones respecto al caso y obtener información en lo relacionado con la Comunidad de Yuri, etnia Puinave.

4.1. Auto de dos (2) de febrero de dos mil once (2011)

4.1.1. En el Auto de dos (2) de febrero de dos mil once (2011) esta Sala de Revisión notificó a Jaime Parada Mirabal, Cecilia Rodríguez, Eduar Medina Parada, Arístides Parada Rodríguez e Izael Díaz Sáenz, el auto admisorio de la tutela con el fin de que se pronunciaran acerca de los hechos y pretensiones en que se funda la solicitud de amparo. En dicho auto se solicitó requerir a Eduar Estibenzon Medina Parada, Capitán de la Comunidad Yuri, para que informara a esta Corporación las normas que regulan las relaciones sociales al interior de la Comunidad de Yuri y allegara copia de las mismas en caso de que existan de manera escrita, o realizara una descripción si eran de carácter oral.

4.1.2. Por otra parte, se requirió al Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom para que, en virtud del numeral 7° del artículo 13 del Decreto

4530 de 2008, informara a esta Corporación: “a) ¿Si la comunidad Yuri, en el Departamento de Guainía, está reconocida en dicho departamento como comunidad indígena?; b) Si la respuesta es afirmativa, señale i) ¿a qué etnia pertenece?; ii) ¿quién es la autoridad encargada de resolver los conflictos que se presentan en esa comunidad indígena?; iii) las normas que regulan las relaciones sociales al interior de la comunidad de Yuri y allegue copia de las mismas, en caso de que existan de manera escrita o realice una descripción”.17

4.1.3. Igualmente, fue requerido el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- Regional Guainía, para que allegara copia completa del expediente que concluyó con la audiencia celebrada el 2 de mayo de 2010 entre Eduar Medina,Capitán de la Comunidad de Yuri, Arístides Parada Rodríguez, Jaime Parada Mirabal, Cecilia Rodríguez Medina, Izael Díaz Sáez y Yelitza Paola Quimbayo Parada, respecto de la custodia de la menor Chirley Stefanía Parada Quimbayo, e informara si se ha surtido alguna actuación posterior a la celebración de esta audiencia y el estado actual del proceso.

4.1.4. El Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, informó que en el Municipio de Puerto Inírida, Departamento de Guainía, se encuentra ubicado el Resguardo Indígena Caranacoa Yuri-Laguna Morocoto, lugar de residencia de los habitantes de la comunidad Yuri los cuales pertenecen a las etnias Kurripako, Puinave. Dice que el mencionado resguardo fue constituido “mediante resolución No. 0030 de fecha 30 de abril del año 1986, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria ‘INCORA’ hoy Instituto Colombiano de Desarrollo Rural ‘INCODER’.” 18

4.1.5. Por otra parte indicó que para el año dos mil diez (2010) la autoridad indígena que se encontraba en las bases de datos del Ministerio es el señor Eduar Estibenzon Medina Parra “…quien tomó posesión como Capitán, el 14 de enero del año 2010, según Acta de Posesión No. 010 del 14 de enero del mismo año (…); quien ejerce la representación legal de dicha comunidad, de conformidad con los previsto por el numeral 7 del artículo 13 del decreto 4530 de 2008 y la Ley 89 de 1890.”19Igualmente se informó “que según el decreto No. 2164 de 1995 en su artículo 2, La(sic) Autoridad Tradicional ejerce dentro de la estructura propia de la respectiva cultura un poder de organización, gobierno, gestión o control social.”

4.1.6. De otro lado señaló que no se encuentra registro de archivos donde conste normatividad escrita que regule las relaciones sociales en la Comunidad Yuri; por lo anterior

indicó que se presume que dicha normatividad es consuetudinaria, y “que se aplica la costumbre conforme a las normas de tipo moral (religioso), de convivencia social, normas que regulan el comportamiento frente a la naturaleza y a los comportamientos humanos; esto atendiendo al principio de Diversidad Étnica y Cultural, y a la facultad que les asigna el artículo 246 de la Constitución Nacional ya que la misma dio vía libre a un tipo de Jurisdicción Especial, la Jurisdicción Especial Indígena”.20

4.1.7. El Ministerio allegó los siguientes documentos:

* Copia de la Resolución No. 0030 del 30 de abril de 1986 del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, por la cual se constituye como resguardo indígena a favor de las Comunidades Puinave y Curripaco, de los Parajes de Caranacoa- Yuri- Laguna Morocoto, un globo de terreno baldío situado en jurisdicción del municipio de Puerto Inírida, Guainía. En dicho documento consta:

“ORGANIZACIÓN SOCIAL. Los Grupos Étnicos que se encuentran aglutinados dentro del Resguardo de los Parajes de CARANACOA-YURI-LAGUNA MOROCOTO, están integrados en aldeas independientes con respecto a las demás y, cada aldea alberga familias extensas, pertenecientes a dos o más clanes. Entre estas comunidades la familia nuclear es la unidad fundamental en lo económico y social. La sociedad ejerce escasas funciones. El trabajo se distribuye según el sexo y la edad, pues, la mayoría de las actividades son de incumbencia familiar. La asociación familiar se alcanza por el nacimiento, la autoridad es el padre, y la residencia es patrilocal, la relación de parientes conforman lo que se ha llamado la familia extensa. La autoridad de la aldea recae sobre el Capitán, quien es persona adulta, con cierto dominio del español y de las relaciones con la sociedad mayor. Los capitanes son los encargados de dirigir, organizar y desarrollar las actividades de las Comunidades, siendo ellos los responsables de todas las acciones que se realicen dentro y fuera de las parcialidades”21.

* Copia del acta de posesión No. 010 del 14 de enero de 2010 de Eduar Estibenzon Medina como capitán de la comunidad de Yuri, en la que consta que “se hizo presente ante el

despacho de la señora encargada el señor EduarEstibenzon Medina con cédula 19.001.452 de Inírida, Guainía, con el fin de tomar posesión del cargo de Capitán de la comunidad de Yuri, según acta No. 001 del 10 de enero de 2010 mediante el cual (…) se procedió a tomar juramento de rigor de las formalidades del artículo 47 del Decreto Reglamentario 1950 de 1973 bajo cuya gravedad de juramento se comprometió a cumplir bien y fielmente con lo que el cargo le exige, el posesionado presentó acta No. 001 por la cual fue elegido como Capitán de la comunidad de Yuri, fotocopia de la cédula y el censo de su comunidad (…)”22.

4.1.8. Por otra parte en su declaración allegada a este despacho, el Señor Eduar Estibenzon Parada afirmó que en el año dos mil diez (2010), fue Capitán de la Comunidad de Yuri y que dicho cargo ahora está en cabeza del señor Óscar Javier Vargas Bernal. Dijo que si bien hace parte de la familia del señor Arístides Parada Mirabal, todos en la Comunidad de Yuri son familia. Por otra parte, indicó que las normas de la Comunidad no se encuentran escritas, los reglamentos internos se fijan de manera anual en una reunión abierta donde la población de Yuri decide de manera conjunta la forma de sancionar las faltas. Cuando ocurre una de dichas infracciones el Capitán se encarga de convocar a una junta con los más ancianos de la comunidad, para discutir sobre las mismas, en dicha reunión buscan una solución al problema y aconsejan al infractor. Del mismo modo, señaló que en la Comunidad de Yuri nunca se han presentado castigos, ya que sólo se aconseja a aquellos que cometen las faltas.

4.1.9. Por otro lado, dijo que la elección del Capitán es anual, y es este el encargado de velar por el cumplimiento de las normas, ya que él y los ancianos son los líderes de la comunidad. Asimismo indicó que el Capitán es reconocido legalmente como autoridad indígena. Señaló que el Inspector nombrado por la Alcaldía de Puerto Inírida, Guainía, es el comisionado para indicar cuáles son las normas del blanco, pero que la comunidad indígena considera que dichas normas son muy rígidas, que ellos como colectividad tienen “sus propias costumbres o normas y que no aceptan la ley de los blancos. La costumbre es vivir tranquilo, cuando cometen una falta los aconseja y todo queda como ahí, porque ellos se rigen por la palabra de Dios, vivir bien y cuando ocurre algo se soluciona y se olvida, no hacen brujería ni nada de eso (…) El Capitán es el líder de toda la comunidad junto con los ancianos y el Capitán es el que legalmente está reconocido ante cualquier entidad sea la alcaldía o Gobernación (…), la función es gestionar las necesidades de las comunidades, esas funciones no se escriben, se conocen en la comunidad”.23

4.1.10. Respecto de los hechos de esta acción de tutela señaló que cuando fungía como Capitán de la Comunidad Yuri fue citado a una reunión de conciliación en el ICBF, las personas presentes en dicha conciliación fueron " … ISAEL DIAZ, el abuelo JAIME PARADA y la abuela CECILIA RODRÍGUEZ y estaba también WILLIAM MONTILLA y la defensora ADA LUZ FONTALVO, porque la Defensora de Familia manifestó que como él era la máxima autoridad de la comunidad de Yuri, él tenía conocimiento del problema de la niña, porque el (sic) tenía conocimiento también de la forma que tenían o estaban criando a la niña…".24

4.1.11. Asimismo, afirmó que cuando los problemas maritales entre Yelitza Quimbayo y Arístides Parada iniciaron, él todavía no era Capitán de la Comunidad de Yuri, sin embargo él estaba al tanto de la situación por su calidad de miembro de la Comunidad. Del mismo modo, manifestó que la crianza de la menor Chirley Stefania Parada estaba a cargo de los abuelos paternos e indicó que cuando la bebé tenía cuatro meses quedó bajo el cuidado de la abuela y de su padre. "Se la dejó porque se venía para el pueblo, pero que parecía no como si la estuviera abandonado sino que la dejaba a cuidar."25

4.1.12. Ante la pregunta de que si consideraba que la señora Yelitza había abandonado a la niña y que si había perdido los derechos que tenía sobre la niña contestó diciendo que"(…) él pensaba que no, que ya que era ella la mamá y que por el solo hecho de tenerla en la barriga tenía todos los derechos sobre la niña de verla y de tenerla." 26

4.1.14. Por otro lado, el señor Óscar Javier Vargas Bernal, actual Capitán de la Comunidad de Yuri, anotó que las normas del resguardo son consuetudinarias, que la vida de la comunidad indígena es sencilla porque no dependen de leyes, es una vida libre, que los problemas se resuelven hablando. Precisó que las soluciones a los problemas dentro de la comunidad se dan por medio del diálogo, que las situaciones que presentan mayores problemas son "cuando nuestras hijas lleguen a quedar en embarazo de una persona de afuera, en ese caso nosotros queremos hacer esas normas porque ya ha habido casos de eso."28Anotó que la función primordial del Capitán es velar por el manejo de los recursos otorgados por el gobierno, además de asegurar que el resguardo sea un lugar seguro y procurar por el funcionamiento de la iglesia, ya que los miembros de la Comunidad de Yuri profesan el culto evangélico. Por último, declaró que la comunidad se encuentra en un proceso de creación de normas internas "para uno hacer unas normas internas siempre es difícil porque como yo le estaba hablando nosotros somos evangélicos, nosotros no podemos echarle o causarle un

problema al mismo prójimo, eso es lo que pensamos”. 29

4.1.15. Respecto de los hechos que fundamentaron esta acción señaló que la menor Chirley Parada vive con su padre y sus abuelos paternos en Yuri, ya que ellos son Puinaves, nacieron dentro del resguardo. En relación a la madre de la niña, anotó que “es lo que llaman cabuca, tiene sangre de un blanco y sangre de una indígena, la mamá de la niña vive aquí en Inírida, en el momento está aquí casi al frente de la Alcaldía, actualmente la mamá trabaja en lo que le sale, la niña CHIRLEY tengo entendido que está al pie de los abuelos pero ellos se fueron de Yuri hace unos ocho (8) meses, ellos se vinieron a Paujil, porque dijeron que iban a mirar el hijo que tienen en el Paujil, es un resguardo, muy cercano que queda en la zona urbana de Inírida, esta pegadito de Inírida, en Yuri dejaron un cuidandero..” 30.

4.1.16. En cuanto a la pregunta de si los abuelos de la niña hacen parte del censo de la comunidad dijo que, “la esposa CECILIA RODRÍGUEZ y el papá es ARISTIDES MEDINA RODRÍGUEZ, ellos viven todos en Paujil. Yo hice el censo en enero apenas me nombraron, pero me falta meter a las personas que están estudiando en Inírida, no ha tenido tiempo por eso yo no he conversado con ellos y no los he metido en el censo”31

4.1.17. Por su parte Jaime Parada Mirabal, Cecilia Rodríguez, Arístides Parada Rodríguez y Eduar Medina Parada señalaron que pertenecen al grupo étnico el Puinave radicado en la jurisdicción especial indígena de la comunidad Yuri-Caño Bocón en el departamento del Guainía y que “como consecuencia de la consolidación del principio de la diversidad étnica y cultural, es decir, de reconocer que en nuestro territorio existen grupos humanos con características propias y con diferentes maneras de pensar y actuar, el constituyente protegió a esas comunidades otorgándoles plena capacidad para determinar su plan de vida y desarrollo en su ámbito territorial”32.

4.1.18. Respecto de los hechos materia de esta acción señalaron que dentro de la comunidad los padres de la menor contrajeron matrimonio. De dicha unión nació Chirley Stefanía Parada, y que dentro de su colectividad “cuando nace una niña indígena automáticamente las normas internas de la comunidad tanto para los padres son los directos responsables deben dar el cariño, techo, vestimenta, salud, alimentación, en fin, pero si fracasa el matrimonio en la comunidad, según usos de los puinaves los hijos permanecen con los abuelos paternos], con el fin de mantener el clan en la comunidad frente al concejo de sabios indígenas.”

4.1.19. Sin embargo, indicaron que dado el fracaso del matrimonio, la comunidad estuvo al tanto de la situación, se aseguró el bienestar de la menor, pero al tiempo afirmaron que la niña a medida que pasa el tiempo reconoce a los abuelos como sus verdaderos proveedores "ya que son ellos los que le aseguran la salud, el techo, la alimentación".Igualmente dijeron que son los abuelos paternos los encargados "ante Dios y ante la comunidad del grupo étnico puinave, con la crianza hasta los 12 años de edad, a los 12 años una mujer indígena cuando le viene la primera menstruación, ya es apta para tener marido ante el grupo étnico puinave de Yuri con este propósito, se hizo acercamiento con la defensora de familia del ICBF seccional Guainía donde firmaron los que intervinieron en ella."33

4.1.20. Jaime Parada Mirabal, Cecilia Rodríguez, Arístides Parada Rodríguez y Eduar Medina Parada anexaron los siguientes documentos:

* Oficio dirigido por Jaime Parada Mirabal al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional Guainía, sin constancia de recibido en el que se expresa que la madre de la menor tiene derecho a permanecer con ella durante siete días al mes, esto "mientras los abuelos paternos estén residenciados en Inírida, me permito manifestar que desde el 2 de mayo de 2010, fecha en que se realizó el acuerdo, la mencionada señora sólo se hizo presente en dos ocasiones para hacer uso de ese derecho. Asimismo, no se ha reportado con ninguna clase de apoyo económico para el sustento de la niña"34

* Oficio remitido por el capitán de la comunidad el Paujil al Capitán de la Comunidad de Yuri en el que informa que la familia Parada será inscrita en el censo de la Comunidad Paujil siempre y cuando no pertenezcan al censo de la Comunidad de Yuri, en la Comunidad el Paujil serán inscritos: 1. JAIME PARADA MIRABAL; 2. CECILIA RODRÍGUEZ MEDINA; 3. JAIME HUMBERTO PARADA RODRÍGUEZ; 4. LANNY LORENA PARADA RODRÍGUEZ; 5. VICTOR ANDRÉS GARCÍA MEDINA; 6.ARISTIDES PARADA RODRIGUEZ; 7. CHIRLEY ESTEFANÍA PARADA QUIMBAYO (…)"35

* Constancia del Inspector de Policía del diecisiete (17) abril de dos mil nueve (2009) donde dice que el abuelo cuida a la nieta por abandono de la mamá y firma el inspector y como testigos el pastor de la iglesia y el Capitán de la Comunidad Yuri.36

* Informe de veinticuatro (24) de octubre de dos mil nueve (2009) al Defensor de Familia por parte de Arístides Parada Rodríguez e Ignacio Martínez, Capitán de la Comunidad Yuri, en el que dan a conocer que:

"el ambiente familiar en el que se encuentra mi hija menor SHIRLEY ESTEFANÍA PARADA QUIMBAYO desde el momento en que [se] hi[zo] cargo de ella así: 1. Desde su nacimiento la señora PAOLA QUIMBAYO nunca demostró su responsabilidad como madre porque nunca le proporcionó leche materna que tanto amerita en un recién nacido; porque le importaba más su prestación de servicios domésticos en la casa del Doctor Manotas. 2. En el mes de (sic) Febrero del año en curso posterior a una larga discusión llegamos a un acuerdo de ir a vivir en la comunidad de Yuri, donde tienen su residencia mis padres y algunos familiares de ella. 3. Exactamente el día 28 del mismo mes esta señora desplazó a la ciudad de Inírida con el argumento de realizar diligencias de asuntos personales durante tres días pero nunca regresó tampoco envió razón alguna que justificara su ausencia o el porqué de su abandono a la niña. 4. [D]esde ese día mi mamá (abuela paterna de mi hija) CECILIA RODRIGUEZ (…) conjuntamente con la familia, bajo mi autorización y consentimiento se encargó de la protección y custodia de la niña proporcionándole todo lo necesario para su desarrollo y crecimiento; porque siempre quise que creciera en un ambiente sano. Es decir, le brindó la leche materna y muchos otros alimentos que son de uso exclusivo de una niña. Y es más, aún la niña consume leche materna. 5. No sé con qué intención e interés esta señora PAOLA me amenaza con quitarme la niña ahora (…) 6.Por eso, señor defensor de familia son razones de peso que le presento a usted porque en caso que fuese quitada la custodia de mi hija a la señora CECILIA le puede acarrear desequilibrio psicológico debido a que tanto la niña como la abuela se han encariñado mutuamente. La niña la reconoce como mamá y muy seguramente que no considera ni conoce como mamá a PAOLA, ya que nunca creció al lado de ella. 7. Por eso considero que es importante que antes de tomar cualquier decisión realizar una investigación a fondo en la comunidad de Yuri Caño-Bocón porque aquí es donde la niña ha vivido y está creciendo y cualquier habitante puede testificar sobre la forma en que está

realizando. Y no otras personas ajenas a la comunidad que lo único que buscan es dañar la tranquilidad en que estamos viviendo. (…)”37

4.1.21. Por otra parte el Grupo de Asistencia Técnica de la regional Guainía del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar manifestó que realizó “valoración nutricional a la niña Shirley Parada, visita por trabajo social y concepto por antropología” e indicó que “no se ha surtido actuación posterior luego de haber realizado la diligencia en la cual el ICBF facilitó el espacio a las autoridades indígenas competentes para que las partes decidieran sobre la custodia de la niña Chirley Parada. Fue así como el Capitán de la comunidad de Yuri adelantó audiencia de conciliación por custodia, la cual fue aprobada y suscrita entre en los que en ella intervinieron”.38

4.1.22. En el Reporte de la actuación familiar de fecha del veintiséis (26) de octubre de dos mil nueve(2009) del Grupo de asistencia Técnica de la Seccional Guainía del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar se recomendó lo siguiente: “Por ser una situación de conflicto interno de una comunidad indígena de acuerdo a nuestra constitución política artículo 246 donde se le otorga a las autoridades indígenas competencias para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y la ley 1098 de 2006 que dispone que los niños, niñas y adolescentes indígenas son sujetos titulares de derecho y en este sentido, el ejercicio los mismos debe ser garantizado por la comunidad de Yuri debe intervenir para garantizarle restablecimiento de derecho tradicional a la niña Shirley Parada Quimbayo dentro de la comunidad.”39

4.1.23. También se anexó copia de la Resolución 2785 de diez (10) de julio de dos mil nueve (2009) en donde se establece el “Lineamiento Técnico del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos de los niños , niñas y adolescentes indígenas”, y en donde se establece el procedimiento de la Audiencia de Conciliación de la actuación administrativa de la siguiente manera:

En el artículo primero de la Resolución 2785 de 10 de julio de 2009 establece lo siguiente: “ARTÍCULO 1o. <Resolución derogada por el artículo 5 de la Resolución 5929 de 2010> Adicionar un numeral al Lineamiento Técnico del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, con el siguiente título Restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas, así:

15. Restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas.

La Autoridad Administrativa que tenga conocimiento de la inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente indígena, verificará el estado de cumplimiento y garantía de sus derechos conforme lo dispone la ley y el presente lineamiento, emitirá la providencia de apertura de investigación por presunta vulneración de derechos, tomará las medidas de urgencia que requiera y ordenará la práctica de las pruebas conducentes para establecer los hechos que configuran la presunta inobservancia, amenaza o vulneración.

La Autoridad Administrativa oficiará a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio de Interior y de Justicia para que certifique si la comunidad a la que pertenece el niño, niña o adolescente se encuentra legalmente reconocida de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto-ley 200 de 2003, quien dará respuesta en un término máximo de tres (3) días, contados a partir del recibo de la solicitud.

Si de la actuación Administrativa y/o de la certificación que expida el Ministerio del Interior y de Justicia, Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, se establece que la comunidad indígena se encuentra registrada, deberá notificar a la Autoridad Tradicional y Comunidad Indígena y a un representante de la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia de la apertura del proceso, sin perjuicio de la continuación del proceso.

La Autoridad Administrativa, deberá preferir y priorizar la ubicación del niño, la niña y el adolescente en su medio familiar y sociocultural, excepto que: (i) La Comunidad no esté en condición de asumir el cuidado del niño, niña o adolescente; (ii) Que la inobservancia, amenaza o vulneración afecte derechos fundamentales, y en todo caso dejará constancia de lo actuado con la autoridad indígena.

Para efectos de lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, citará por el medio más expedito a las partes interesadas, para adelantar la audiencia de conciliación o primera audiencia, dentro de los diez (10) días siguientes al conocimiento de los hechos. En esta, deberá ilustrarse suficientemente a los padres, representantes legales y especialmente a las Autoridades de la Comunidad Indígena, acerca del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, de las medidas de restablecimiento, con énfasis en las consecuencias legales de la adopción. De ser el caso, se deberá contar con la presencia de

un intérprete y la intervención de un antropólogo.

En ejercicio de las facultades constitucionales la Autoridad Tradicional Indígena podrá: a) Asumir directamente la responsabilidad del restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente; b) No asumir el restablecimiento de los derechos vulnerados y entregar dicha responsabilidad a la Autoridad Administrativa; c) Asumir conjuntamente con la Autoridad Administrativa en quien radica la competencia, el restablecimiento de los derechos, a través del cumplimiento de las medidas.

Una vez surtido el trámite anterior, la Autoridad Administrativa fijará fecha y hora para la audiencia de pruebas y fallo, la cual deberá efectuarse en un término máximo de diez (10) días calendario. Llegada la fecha y hora de la diligencia, si la Autoridad Indígena no comparece, se fijará nueva audiencia para celebrarse dentro del mismo término. La decisión será notificada conforme lo dispone el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006.

Si del seguimiento y acompañamiento se establece el incumplimiento de las obligaciones y acuerdos pactados en favor de los niños, niñas y adolescentes, la Autoridad Administrativa reabrirá la investigación y tomará las medidas que sean requeridas de manera inmediata para la atención integral, en los términos que establece el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006.

La Audiencia podrá ser suspendida por una sola vez a solicitud de la autoridad tradicional, comunidad o familia indígena por un término no mayor a quince (15) días calendario. En el acta se registrarán las razones de la suspensión y la fecha de su continuación".

4.1.24. El día viernes primero (1) de septiembre de dos mil once (2011) la Corte Constitucional contactó telefónicamente a la señora Yelitza Paola Quimbayo, con el fin de que brindara claridad sobre algunos puntos de la demanda. En dicha comunicación la señora Quimbayo señaló lo siguiente:

* Que a la fecha la menor Chirley Stefania Parada Quimbayo continuaba viviendo con sus abuelos paternos.

* Que si bien es cierto que los abuelos ya no viven en el resguardo indígena de la Comunidad de Yuri, sino que viven en Paujil ubicado en el casco urbano de Puerto Inírida, Guainía, ellos le han prohibido las visitas y no le permiten la realización de lo consignado en el acta de conciliación, lo anterior por el temor que les produce que la menor no quiera volver a vivir con ellos.

4.1.25. Por otra parte informó que con la ayuda del Defensor del Pueblo ha tratado de visitar a la menor, pero que los señores Parada no lo permiten. Igualmente, indicó que la menor viaja de manera constante a Pueblo Escondido (Venezuela)40. Concluyó señalando, que desde hace más de (9) nueve meses no ha visitado a la menor, lo anterior como consecuencia de la prohibición impuesta por los abuelos.

4.2. Auto de cinco (5) de septiembre de dos mil once (2011)

4.2.1. En vista de los nuevos hechos relatados en la llamada telefónica por la tutelante, este despacho decidió solicitar a la Personera Municipal de IníridaLisethNorelys Méndez tomar declaración a la accionante Yelitza Paola Quimbayo, a la Defensora de Familia Ada Luz Fontalvo. Con relación a la Declaración de Yelitza Paola Quimbayo la Personería informó a este despacho que no podía cumplirse con lo ordenado, ya que la tutelante se encontraba en la ciudad de Bogotá practicándose una serie de estudios médicos y que tardaría quince (15) días en volver. Por tal motivo, y en aras de cumplir con el principio de celeridad propia de la acción de tutela este despacho requirió mediante llamada telefónica a la señora Yelitza Paola Quimbayo para que se presentara a la Corte Constitucional el día jueves veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) y respondiera al cuestionario. Por otra parte en llamada telefónica Ada Luz Fontalvo adujo que ya no era Defensora de Familia en Puerto Inírida y que se encontraba en Sabanalarga (Atlántico) y que respondería al cuestionario por intermedio de un fax.

4.2.2. En el interrogatorio realizado en la Corte Constitucional el veintinueve (29) de septiembre del presente año después de leerle los requisitos de ley y la obligación de no faltar a la verdad se le preguntó a la tutelante lo siguiente:

Pregunta 1: Indique por favor su edad, domicilio, profesión, ocupación, estudios y Estado civil

Respuesta: 24 Años. Vivo en Puerto Inírida, Guainía. Detrás del Banco Agrario. Trabajo a veces como vendedora de productos de catálogo o a veces en restaurantes. ESTUDIOS: Noveno de bachillerato. ESTADO CIVIL: Unión libre con el señor Esquivel Aponte. OCUPACIÓN DEL COMPAÑERO: electrónico, técnico en electrónica y trabaja en la corporación CSI Internacional. Desde hace un año vivo con él.

Pregunta 2: ¿Actualmente dónde se encuentra ubicada la menor Chirley Stefanía Parada Quimbayo y cuál es la distancia entre su vivienda y la de la niña?

Respuesta: "Es que la verdad no sé dónde está, a veces vienen al Paujil, y en este momento están en Pueblo Escondido (Venezuela)41. Pero con el Bienestar Familiar se llegó a un acuerdo, los abuelos están en una comunidad en Venezuela, la niña no está en Yuri, no sé bien donde está la niña, la menor creo que en este momento está en Pueblo Escondido, no conozco por allá, no conozco la distancia".

Pregunta 3:¿Recuerda usted qué se acordó en la conciliación efectuada el día dos (2) de mayo de 2010?

Respuesta:"En el Bienestar Familiar se dijo que yo iba a tener a la niña siete (7) días al mes, cumplidos los 23 días de cada mes debía recoger a la niña, duraron tres (3) meses entregándome a la niña así, después de los tres (3) meses decidieron no darme más a la niña. Ya los abuelos no viven en Yuri, viven en Paujil un barrio indígena, un resguardo indígena, pero viajan constantemente a Pueblo Escondido. Cuando yo iba por la niña, ellos se la llevaban y entonces no la podía ver porque ya habían pasado los siete (7) días a los que yo tenía derecho. Yo le pregunte al abuelo por qué no me dejaban tener la niña y me dijo que debía esperar respuesta del juzgado, me dijo que había mandado un papel al juzgado, que tenía que resolver el juzgado cuando tenía que ver yo a la niña

(…)

En la conciliación la decisión la tomó el Capitán de Yuri, la señora Alba Luz le dio el poder al Capitán, pero yo firmé. En lengua puinave el Capitán me dijo que si yo no firmaba no me dejaba ver a la niña. Por eso estuve de acuerdo con esa conciliación. Ella [ALBA LUZ] solo escribía lo que dijo el Capitán, que ellos [Bienestar Familiar] no se metían, fue el Capitán el que resolvió, estuve de acuerdo con la conciliación, estaba muy desesperada por ver a la

niña, es por eso que firmé eso. El que decidió fue el Capitán Medina Parada, Miguel Medina algo así, cada año cambian de Capitán, hoy es Óscar Javier Vargas, y cuando decidieron lo de la custodia de la niña era Capitán el señor Medina, familiar de los abuelos de mi hija".

Pregunta 4: Conteste: ¿Si ha podido ejercer su derechos de visitas tal como fue consignado en el Acta de Conciliación del día dos (2) de mayo de 2010 o si todavía subsiste algún impedimento?

Respuesta: Como le digo doctor, estuve tres (3) meses bien con la niña, yo iba y la traía a mi casa, después no sé qué paso los abuelos no me dejaron verla, yo no sé dónde está la niña, vi a la niña los primeros tres (3) meses en Inírida, en el barrio el Paujil, ellos siempre se enojaban pero a mí me importaba estar con la niña, todo lo que ella me pedía yo lo compraba, por ejemplo: dulces, y los vecinos me decían que los abuelos le pegaban a la niña porque yo la mal acostumbraba, pero no me consta que los abuelos le hayan pegado.

Pregunta 5: ¿Cuándo fue la última vez que vio a la menor y si ha tenido alguna dificultad para poder realizar las visitas?

Respuesta: La última vez fue hace nueve (9) meses, después de la conciliación estuve tres (3) meses viendo a la niña. Desde hace casi un año no la veo. Es decir, desde agosto del año pasado (2010).

Pregunta 6: En caso de que no haya podido ejercer su derecho de visitas que responda: ¿si ha acudido a la Defensoría de Familia para exponer que su derecho de visitas no ha podido ser cumplido?

Respuesta: "Fui al Bienestar Familiar y el señor Wilson… me dijo que no podía hacer nada porque ya puse la tutela, están esperando es la repuesta del Juzgado".

Pregunta 7:¿Cuándo acudió al Bienestar Familiar?

Respuesta: Fue en marzo de este año.

Pregunta 8: ¿Desde cuándo hace parte de la Comunidad Yuri, etnia Puinave y si se considera todavía parte de está?

Respuesta: “Si me consideró parte de la comunidad, yo nací allá, yo soy mestiza, yo soy de la comunidad de Yuri, la comunidad queda en Caño Bocón, a tres (3) horas de Inírida. Hoy me considero parte de la Comunidad porque tengo familia allá”.

Pregunta 9: ¿Qué lengua se habla en la comunidad?

Respuesta. “Se habla lengua puinave. Estoy en Inírida desde hace cuatro (4) años, vivía con mi mamá en Los Libertadores, hoy vivo con el muchacho detrás del Banco Agrario. Barrío Esperanza”.

Pregunta 10:¿Diga si ha acudido a la autoridad indígena de la comunidad Yuri para exponer que si es del caso su derecho de visitas no ha podido ser cumplido?

Respuesta: “No, no he acudido, porque ellos me van a decir que no. Pero el Capitán de ahorita fue a declarar al juzgado. El capitán no es familia de Arístides, a la única parte a la que he ido es a la Defensoría del pueblo, el mes pasado fui, íbamos a hacer la visita, pero la niña no estaba, fui con el Defensor y me dijeron que la niña estaba en Pueblo Escondido, fui con el señor Fernando… un Defensor, a la Defensoría si he acudido varias veces”.

Pregunta 11: En la conciliación para llegar al acuerdo sobre la custodia, ¿qué tan determinante fue el uso de la costumbre de la comunidad de Yuri y si conoce de otros casos de custodia o patria potestad que se haya resuelto de la misma manera?

Respuesta: “No doctor, no en ninguna comunidad le quitan a uno los hijos así, porque mi papá que es blanco y mi mamá indígena no acudieron donde el Capitán cuando se separaron, ni el Capitán fue donde ellos para decirles qué hacer. Pero el Capitán nunca se mete para quitar los niños, nunca se dice que los niños se van a quedar con los abuelos. Eso lo resuelve uno mismo allá con la pareja, pero nunca se ponen a Capitanes o diáconos, nada de eso, no sé por qué conmigo se puso eso. Por ejemplo, el capitán de esa época tenía un caso parecido y nunca se hizo eso. Creo que llamaron al Capitán porque los abuelos ya estaban encariñados con la niña, ellos no querían que yo estuviera con Arístides, ellos creo hablaron con el Capitán para que tomara esa decisión (la custodia de la niña)”.

Pregunta 12:¿Dónde nació la menor Chirley Stefania Parada Quimbayo?

Respuesta: “La niña nació en Puerto Inírida, nosotros vivíamos en Puerto Inírida con Arístides.

El papá de Arístides le dijo que se fuera a vivir a Yuri, pero ellos querían que yo me se pusiera a trabajar con yuca y casabe, pero yo no tenía esa costumbre, le dije a Arístides vámonos para Inírida.

Cuando estaba en la Comunidad, tuve un problema con un motor de bongo y pensaba demorarme dos días mientras iba a Inírida, pero cuando volví me dijeron que ya no me recibían, me lo dijo el papá y la mamá de Arístides. Hubo una pelea, pero les dije que me dieran la niña y me dijeron que la niña se iba a quedar allá. Me fui para Inírida, al Bienestar Familiar a poner la queja, el doctor Camilo mandó a traer a la niña a Inírida y el doctor me entregó la niña, en el Bienestar Familiar los familiares de Arístides me querían pegar, y el doctor Camilo me envió con un acompañante a la casa de mi mamá. Después de eso, la familia de Arístides se fue para Yuri. Después de un mes Arístides me dijo que volviéramos, y vivimos ese mes en Inírida, yo estaba trabajando donde una doctora, trabajaba medio tiempo, Arístides no trabajaba. Y después de eso cuando yo estaba trabajando, Arístides se llevó a la niña a escondidas mío. Pero no puse una demanda. Fui al Bienestar Familiar y el doctor Camilo me dijo que era mi culpa por haber vuelto con Arístides.

Sí, yo acepto que fue mi culpa por volver con el papá de la niña, después fui al Bienestar Familiar donde llamaron a conciliación, y le dieron la custodia de la niña a los abuelos, después dicho acuerdo se cumplió por tres (3) meses pero ahorita no me han permitido verme con la niña".

Pregunta 13:¿Salía muy costoso ver a la niña?

Respuesta: "Nunca fui a Yuri, pero yo creo que ellos se vinieron porque en la comunidad cambiaron de Capitán, ellos se vinieron a Paujil, yo fui los siete (7) días del mes. Así duramos tres (3) meses, después de tres (3) meses no pude ver más a la niña y me decían que la niña se fue a Caranacoa o a Pueblo Escondido".

Pregunta 14:¿Explique cómo se resuelven los conflictos de familia en la comunidad de Yuri y que tan determinante es la decisión del Capitán?

Respuesta: "No es muy importante la decisión del Capitán. Allá lo resuelve la pareja, yo soy indígena y sé que se resuelve entre la pareja, y el capitán nunca interviene. Solo en mi caso ante el Bienestar Familiar fue el Capitán de la Comunidad de Yuri".

Pregunta 15:¿Cuándo suceden cosas parecidas cómo resuelven?

Respuesta. “El Capitán no se mete, nunca se meten, será porque es familia de Arístides, uno mismo resuelve los problemas con la pareja”.

Pregunta 16: ¿Diga por qué la niña fue llevada a la comunidad de Yuri?

Respuesta: Inicialmente vivimos tres (3) meses en Inírida, después los abuelos decidieron que viviéramos allá en la comunidad me fui para allá con Arístides, vivimos dos (2) meses bien y después fue conflicto con los papas de Arístides. Cuando iba a traer a la niña me dijo el abuelo que pagara para traerme a la niña y exigió que le pagara lo que él le había comprado a la niña. Cuando subí por las cosas me dijo eso. Vivimos bien dos (2) meses, después hubo un conflicto, me llamaron para lo del motor y me dijeron que no me iban a recibir, que me fuera para Inírida”.

Pregunta 17: ¿Cuánto tiempo vivió con la niña?

Respuesta: “Viví tres (3) meses en Inírida con ella, después cinco (5) meses en Yuri, hasta los 8 meses de la niña. Los abuelos me dijeron cuando yo tenía que ir a solucionar lo del motor (enero 2009), que dejará a la niña para que hiciera bien las vueltas. Deje a la niña en Yuri con los abuelos, y cuando subí (2 días después de haber ido a Inírida por lo del motor), me dijeron que me fuera para Inírida, llamé a Arístides, y fui al Bienestar Familiar. En el Bienestar Familiar hicieron que me entregaran a la niña, después Arístides me dijo que volviéramos. Yo volví con él y duramos un mes viviendo en Inírida con la niña, yo estaba trabajando con una doctora, y un día él se llevó a la niña para Yuri sin que yo me diera cuenta cuando yo estaba trabajando. Entonces para recuperar a la niña fui al Bienestar Familiar, y después de un tiempo, ordenaron traer al Capitán y a los abuelos de la niña para la conciliación. Ahí fue cuando el Capitán decidió darle la custodia a los abuelos”.

Pregunta 18: ¿Intentó algún tipo de mediación a través de los mecanismos disponibles en la comunidad de Yuri para tener la custodia de la niña?

Respuesta: “Si, hablé con el Capitán de ahora, le dije que si me podía ayudar sobre el caso de la niña, entonces el Capitán de ahora Óscar Javier Vargas fue al Cabildo (especie de juez). Y ese cabildo le dijo que me demandara porque yo estoy jodiendo mucho a los abuelos”.

Pregunta 19: ¿Quiere añadir algo a la declaración?

Respuesta: “Si ¡Quiero ver a mi hija!, creo que los papás de Arístides no me quieren entregar a mi hija porque temen que yo los pueda demandar para pedir alimentos para ella. Yo le dije que yo no lo demando, yo puedo sobrevivir con ella, en una ocasión, el abuelo me dijo que tenía que darle $250.000 pesos mensuales a la niña, y no lo doy sin saber si la niña recibe eso.

En el Bienestar Familiar dije que no iba a pasar dinero, yo asumía el gasto cuando la niña estuviera conmigo, y ellos lo asumían cuando estuvieran con la niña. Le dije al abuelo cuando me pidió plata, que por qué me piden plata, si no pueden mantener a la niña entonces entréguemela a mí.

Ellos tienen a la niña para presionarme. Porque piensan que si tengo a la niña presiono a Arístides por alimentos. Lo único que quiero es tener a la niña. Yo los considero a ellos, si yo tengo a la niña se las voy a dejar mirar. No voy a hacer lo mismo que hacen conmigo. Si me dan la custodia de la niña, el papá puede visitarla pero quiero que quede constancia. Por ejemplo, si ellos quieren tenerla una semana lo pueden hacer pero me la tienen que traer.

Hace dos meses fui a Paujil a decirle que me diera a la niña para llevarla al hospital, y le dije que me la diera para saber si la niña tenía hepatitis, ya que yo fui diagnosticada con hepatitis, y por eso estoy en Bogotá. Les pedí a los abuelos que llevaran a la niña a un hospital donde un especialista, no sé si la niña tiene hepatitis”.

4.2.3. Por otra parte la Defensora de Familia Ada Luz Fontalvo, Defensora de Familia para la fecha de la conciliación realizada el dos (2) de mayo de 2010 en Puerto Inírida, Guainía, respondió el siguiente cuestionario:

Pregunta 1: ¿Responda si la conciliación del día dos (2) de mayo de 2010 fue realizada bajo los lineamientos de la Resolución 2785 del 10 de julio de 2009 o si por el contrario la decisión de la custodia de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo la tomó autónomamente el Capitán de la comunidad de Yurí utilizando los usos y costumbres indígenas?

Respuesta: “La conciliación que se realizó el pasado dos (2) de mayo del año 2010, se sometió a los lineamientos de la resolución 2785 de 2009, la cual permitió que la Custodia

(sic) de la niña CHIRLEY STEFANIA PARADA QUIMBAYO, se adelantara bajo los usos y costumbres indígenas, la que se desarrolló autónomamente con el consentimiento del señor EDUARDO MEDINA, en calidad de Capitán de la Comunidad de Yuri y la asistencia de los miembros de esa Comunidad, como se observa en la diligencia de esa fecha, asistiendo a la misma el Antropólogo de la Regional.

Lo anterior, según lo plasmado en dicha diligencia que en su interior dice "… al respecto se manifiesta el capitán de esta Comunidad: A lo que dice que la señora CECILIA RODRIGUEZ Y JAIME PARADA en calidad de Abuelos (sic) paternos de la menor tendrá la custodia de esta y la madre Biología (sic) YELITZA PAOLA QUIMBAYO tendrá derecho a Visitar (sic) a la menor. En cuanto a los aspectos que consignan a continuación…". Cabe destacar que el Capitán de la Comunidad de Yuri, asumió directamente la responsabilidad del restablecimiento del derecho de la niña, según se lo permite el lineamiento de la presente resolución"

Pregunta 2: ¿Responda si la decisión sobre la custodia de la niña Chirley Stefanía Parada puede ser impugnada por vía administrativa o ante la jurisdicción de familia?

Respuesta: "Teniendo en cuenta que la Custodia de la niña CHIRLEY STEFANIA PARADA QUIMBAYO, se adelantó bajo los usos y costumbres indígenas, esta decisión sería impugnada según los usos y costumbres tradicionales que los rige, siempre no se viole la Constitución Política Nacional".

4.3.1. En aras de conocer la versión de los abuelos y ejerciendo el derecho de contradicción este despacho solicitó a la Personera Municipal de Inírida Liseth Norelys Méndez a través de Auto del catorce (14) de octubre de dos mil once (2011) tomar la declaración al señor Oscar Javier Vargas Bernal, Capitán actual de la comunidad de Yurí; al señor Eduar Estibenzon Medina, antiguo Capitán de la Comunidad de Yurí; a los señores Jaime Parada Mirabal y Cecilia Rodríguez, abuelos de la niña; al padre de la menor Arístides Parada Rodríguez,; al señor Gilberto Lara Sáenz, Capitán del Resguardo de Paujil, y al Defensor de Familia Camilo Cantillo Tolano.

4.3.2. El veintisiete (27) de octubre de dos mil once Camilo Cantillo Solano respondió vía fax al siguiente cuestionario:

– Pregunta 1: ¿Sírvase informar si conoce el caso de la señora Yelitza Paola Quimbayo?

* Respuesta: “En el año 2008, la señora se presentó al ICBF Regional Guainía, donde informa de la situación que se está presentando con la niña SHIRLEY ESTEFANÍA PARADA QUIMBAYO, la cual tenía el padre y los abuelos paternos de la niña de la Comunidad de Yurí. En esta oportunidad, se le informa a la señora YELITZA QUIMBAYO, que teniendo en cuenta que la niña se encuentra en la Comunidad de Yurí, es el Capitán de la Comunidad quien debe determinar la situación de la niña, pero que se va a llamar al Capitán de la Comunidad, para verificar lo que usted está manifestando, efectivamente se realizó la llamada se habló con el Capitán y le manifesté: Capitán, en esta institución se encuentra la señora YELITZA QUIMBAYO, quien manifiesta que el padre de la niña no le quiere entregar la niña, SHIRLEY ESTEFANÍA PARADA QUIMBAYO, le dije Capitán, porque en el día de mañana [no] viene al ICBF y analizamos el caso. Al día siguiente, se presentaron al ICBF, se conversó con el Capitán de la Comunidad y el padre de la niña y se expusieron las razones por las cuales la niña debería estar con la mama (sic), teniendo en cuenta que la niña tenía 2 meses y estaba tomando leche materna. El capitán y el padre aceptaron y le entregaron la niña a la señora YELITZA QUIMBAYO.

De estas acciones que se adelantaron, no se dejó registro debido a que en ese momento la señora YELITZA QUIMBAYO, no tenía Historia de Atención en esta Regional, solamente se presentó a poner en conocimiento la situación de la niña y este servidor realizó la llamada telefónica a la Comunidad y el capitán muy colaborador se presentó al ICBF.

Al año siguiente me entere (sic), que la señora YELITZA QUIMBAYO, está reclamando nuevamente su hija, debido a que el padre de la niña se la había llevado nuevamente, para la Comunidad de Yurí, pero ya en esta oportunidad el caso estaba en manos de la defensora de familia Dra. ADA LUZ FONTALVO”.

* Pregunta 2: ¿Cuáles son los mecanismos administrativos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para resolver controversias que se suscitan en las Comunidades Indígenas sobre asuntos de custodia de menores?

*

* Respuesta: “En el evento que se presenten casos de Custodia, Alimentos, Investigación de paternidad etc., en una Comunidad, inicialmente se le informa al Capitán de la Comunidad o al Gobernador del Resguardo a fin de que restablezcan derechos, igualmente se le sensibiliza sobre la importancia que tienen y la responsabilidad de dirimir estos casos que se presentan en la comunidad, también se le informa que en el evento que ellos no quieran o no puedan, nos informen por escrito, para nosotros como ICBF, asumir la competencia para restablecer derechos Vulnerados (sic), o acudir a la Vía Jurisdiccional, pero deben manifestarlo por escrito, porque después manifiestan que se le vulneraron los derechos de los pueblos indígenas”.

4.3.3. Por otra parte el cuatro (4) de noviembre de dos mil once (2011) se dio cumplimiento al interrogatorio de la señora Cecilia Rodríguez abuela de la menor; del señor Arístides Parada Rodríguez, padre de la niña; del señor Jaime Parada Mirabal, abuelo de la menor; y de Gilberto Lara Sáenz, actual Capitán de la Comunidad de Paujil.

4.3.4. En dicha declaración indicó la señora Cecilia Rodríguez que reside en la Comunidad del Paujil, Puerto Inírida, Guainía, que la niña Chirley Stefania Parada vive con ella. Asimismo informó que la señora Yelitza Paola Quimbayo fue por última vez a visitar a la niña en marzo, “[…] nosotros habíamos hecho un acuerdo para que ella fuera por la niña (sic) todos los 23 de cada mes y la regresaría (sic) el 30, o sea que ella tenía que pasar7 días con la niña según lo acordamos pero ella nunca cumplió, ella no fue por la niña, allá están todos los papeles del acuerdo”.

Por otra parte señaló que se trasladó de la Comunidad Yurí a la Comunidad el Paujil debido a que “mi esposo estaba enfermo en Yuri y como mi hijo estaba estudiando en el Paujil por eso nos bajamos”. Aduce que “ella [Yelitza Paola Quimbayo] no fue a visitar (sic), ella tiene un año y cinco meses que no va a visitar [a la niña]”.

Finalmente indicó que “Yo [Cecilia Rodríguez] no quiero entregar a la niña, yo no quiero que me molesten más y también quiero que se acabe este problema, otro día que me llamen para venir yo no voy a venir más, yo no la quiero entregar, porque ella no quiere criar, porque ella no la quiso criar, yo la he criado, porque criarla fue duro, yo la crié a punta de tetero, porque no tenía la teta de la mamá para que chupara, yo la mantengo bien, con mi esposo le damos todo, le damos ropa y todo, yo a ella no le pido nada, ni plata, yo no la

molesto para que me ayude. En dicha diligencia adicionó: “No quiero que me molesten van (sic) y no voy a venir más si me vuelven a llamar.”

4.3.5. Por otra parte el señor Arístides Parada Rodríguez, padre de la niña, rindió declaración donde señaló que, “(…) vivo en la comunidad de Yuri con mis padres (…) [la señora Yelitza Paola Quimbayo estuvo con la niña desde] el 27 de mayo al 2 de junio de 2010.” Del mismo modo informó que se trasladó de la Comunidad de Yuri hacia Paujil debido a los quebrantos de salud de su padre. Que el “acuerdo en Bienestar Familiar fue que la señora Paola [Yelitza Paola Quimbayo] tuviera 7 días a la niña cada mes y ella el primer mes fue por la niña y después fue y se la entregó a mi mamá diciendo que ella era muy cansona, y que no la podía tener porque la señora Paola trabaja y no tiene quien se la cuide y después de eso ella no volvió más por la niña Shirley.”

Igualmente afirmó que acudió “[…] al Capitán de la comunidad de Yuri le comente el caso, él nos reunió con los líderes de la comunidad para que aconsejara a la señora Paola diciéndole que cuidara la niña y que no la abandonara”. Asimismo indicó que dentro de la Comunidad de Yuri nunca se han presentado casos análogos al de la niña Chirley Stefania Parada Quimbayo. Finalmente señaló que “la solución es que mi hija Shirley siga con nosotros.”

4.3.6. De otro lado Jaime Parada Mirabal, abuelo de la niña, señaló que la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo vive en Paujil, que la última vez que la madre de la niña la visitó fue entre el 27 de mayo de dos mil diez (2010) hasta el dos (2) de junio de dos mil diez (2010). Que se trasladó de la comunidad de Yuri a Paujil porque “yo [Jaime Parada] me enfermé, casi me muero, como yo tengo unos hermanos en el Paujil, ellos me dijeron que me viniera para acá para estar ahí con ellos para conseguir un remedio más fácil para mí”.

A la pregunta de si la señora Yelitza Paola Quimbayo ha visitado a la menor respondió: “Ella [Yelitza Paola Quimbayo] fue a visitarla ahí en la casa, pero si ella no llega a visitarla, no sé por qué no va a visitarla, ella sabe que nosotros vivimos en el Paujil, y desde la última vez que fue a visitar”. Igualmente afirmó que “En Yuri estaban el Capitán David Stivenson Rivas Medina, el inspector y hay líderes que siempre solucionan los problemas que son Ignacio Martínez, Tito Parada, Carlos Parada, también estaba el Corregidor y el Pastor. Nosotros sí fuimos allá donde ellos y todos ellos la aconsejaron, pero ella no hizo caso, (nos) dijeron también que ya dejáramos libre a Yelitza, que si ella no quería estar con la niña que no le

dijéramos nada más. Yo fui a hablar con el inspector y me dijo que había que solucionar eso, porque así no se puede, el inspector solamente me hizo un oficio para llevarlo a Bienestar Familiar. En Yurí es la primera vez que pasa un caso como este."

En relación a la información pertinente para el caso el señor Parada agregó que, "Hace como 15 días yo fui a Bienestar Familiar y el doctor me dijo que la señora Yelitza había ido a Bienestar Familiar y había dicho que ya yo no vivía en el Paujil y que me había ido para Venezuela, pero eso es mentira, yo si vivo en el Paujil, estoy censado ahí, yo estoy censado ahí, esa señora está hablando mentiras y me da rabia que diga mentiras. Ella no llega al Paujil y yo ni se dónde vive ella y si no nos visita eso es culpa de ella, porque ella sabe que nosotros vivimos en el Paujil y si no llega es cosa de ella. Yo me fui a pasar semana santa con toda mi familia en Vichada allá duramos 15 días estaba en una Comunidad que se llama Pueblo Escondido y en el mes de junio también estuve allá haciendo un trabajo alumbrando un pescado de acuario que se llama escalar, pero yo no duré mucho tiempo allá y también me llevé a toda mi familia. Y no he vuelto a salir, siempre me he mantenido en el Paujil." Finalmente señaló que "Estoy cansado de todo esto y ya quiero que se acabe."

4.3.7. Por otra parte Gilberto Lara Sáenz, actual capitán de la Comunidad el Paujil señaló que la familia Parada vive en la Comunidad El Paujil desde hace tres (3) años. Indicó que los padres de Chirley Stefanía Parada Quimbayo"(…) son separados, ella consiguió marido por otro lado, hace como unos dos meses atrás que la mamá de la niña fue allá a la comunidad". Finalmente, precisó que los señores Parada nunca se han acercado para plantearle el problema de custodia de la niña, que dentro de la Comunidad El Paujil existe un reglamento interno para dirimir las controversias pero que nunca se han acercado para consultarle. Adiciona que "la niña se quedó con el papá y los abuelos y ellos siempre la mantienen bien."

4.4. Auto de dieciocho (18) de noviembre de dos mil once (2011)

Mediante auto del dieciocho (18) de noviembre de dos mil once (2011), y se solicitó concepto especializado a la antropóloga Esther Sánchez Botero. A continuación se realiza una trascripción del cuestionario42 realizado:

Pregunta 1. En el evento de que se presente un conflicto de custodia de un menor que nace dentro de la unión de miembros de la comunidad indígena de Yuri, cuáles son los

mecanismos o procedimientos para la solución del mismo de acuerdo a sus usos y costumbres.

Respuesta: Los Puinave son un pueblo indígena de Colombia, sujeto colectivo de derecho y portador de derechos humanos y fundamentales especiales. Es un sujeto colectivo vivo, con una cultura distinta y con un sistema de derecho propio oficial y legal, reconocido en la Constitución de 1991 (Art. 246).

Este sistema de derecho propio está pensado y se vive bajo una perspectiva de integralidad porque está tejido con otras realidades como el medio ambiente, la religiosidad. El derecho Puinave tiene tres partes: una ordena toda la vida social, define cómo la familia es patrilineal y patrilocal; quiénes son parientes (biológicos, por adopción, rituales o simbólicos); los deberes y obligaciones entre parientes y no parientes; los principios y procedimientos para suceder los bienes materiales y espirituales; qué hacer y quién debe actuar frente a los huérfanos o los ancianos; entre quiénes se deben casar las personas; qué es ser niño; quién cuida los niños en caso de no poder hacerlo los padres, por cualquier razón entre otras muchísimas situaciones. Es decir, el derecho Puinave representa el ordenamiento de cientos de realidades que se socializan desde temprana edad y que está incorporado dentro de una cotidianidad, un modo de pensar y de hacer. La propia lengua Puinave da cuenta de estas realidades, de modo que lengua y modo de vida van unidos (…). Y, una tercera parte del derecho propio es el ámbito propiamente de la justicia. Allí se encuentran las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional plena, en todas las materias. Estas autoridades son reconocidas socialmente y toda vez que sea necesario, conocen los hechos, los juzgan y sancionan acorde con sus normas y procedimientos.

(…)

A la pregunta:

¿Diga si ha acudido a la autoridad indígena de la comunidad Yuri para exponer que si es del caso su derecho de visitas no ha podido ser cumplido?

> No, no he acudido porque ellos me van a decir que no.43

Su respuesta demuestra que conoce quién ejerce autoridad y que son ellos. No es solamente la autoridad del capitán, es además del núcleo familiar clánico, los ancianos los cuales deben haber sido consultados frente al caso. Pero aún más, ella con su respuesta demuestra que conoce qué hacer en un caso como el suyo, en su propia comunidad, por ello sabe que le van a decir que no.

El derecho propio Puinave que rige a esta sociedad no está configurado a la manera del Derecho Positivo con códigos escritos y reglamentaciones. No contiene por supuesto una clasificación de "conductas prohibidas" que se puedan enumerar positivamente. Pero, no se puede negar su existencia en tanto está configurado en las personas cognitivamente mediante procesos de socialización muy eficaces (…).

Las personas saben que tienen restricciones que deben cumplir obligatoriamente y que de transgredirlas son sancionados. Pero, también la antropología establece que la cultura no está homogéneamente repartida y por ello, no hace parte del saber de todos los que pertenecen a un mundo cultural; una mirada a nosotros mismos como miembros de una sociedad y cultura particular permite deducir la veracidad de este planteamiento.

Pregunta 2. ¿Dentro de la etnia Puinave es importante que la menor permanezca con su familia?

Respuesta: Lo es tanto como para nosotros es, que un niño permanezca con su familia. El valor y estima de la familia, el amor a los niños es significativamente importante para los Puinave; lo es tanto, que los niños son sujetos de cuidado y protección de los miembros de los diferentes clanes. Por esto es importante comprender a fondo que el sistema social de los Puinave trasciende la familia nuclear, ya que están organizados en clanes patrilineales y patrilocales.

Lo que constituye el interés superior de un niño está determinado por la cultura de una sociedad particular, que comparte diferentes asuntos como una clasificación sobre las distintas etapas tales como para ser alimentados por la madre, para conocer desde lo alto (cargados) caminos, peligros, diferencias de alimentos, familiares, animales, distintas realidades, la etapa para conocer gateando, la etapa desde que se camina y con estas todo el orden deseable para los diferentes asuntos, los que se socializan con palabras y participación en la vida cotidiana. Una buena parte de este proceso está relacionado con las

prohibiciones y el ámbito para resolver conflictos.

El ‘interés superior del niño’, pensado desde Occidente, es una posibilidad solamente deseable desde esta visión cultural. El análisis del caso permite afianzar la lógica de los mundos culturales y sociales, que es una particularidad que se vive en una realidad históricamente situada. Permite encontrar y justificar salidas diferenciadas. Esta realidad, que orienta el cómo deben ser ciertas directrices, se fundamenta en los referentes de cada cultura, es decir, en los juegos de lenguaje44, que se juegan y se pueden jugar porque se conocen las reglas de ese juego en la sociedad determinada, como resultante de un sistema con principios y modos de hacer las cosas, que buscan afianzar la estructura o espina dorsal de la sociedad particular. Esta variante no se encuentra al primer vistazo, porque no son las manifestaciones exóticas o las curiosidades superficiales las que permiten interpretar la realidad cultural. La interpretación de un hecho cultural parte, en cambio, de encontrar cómo se da la reproducción de un mundo sociocultural determinado45.

El matrimonio Puinave constituye una forma de realizar alianzas entre clanes. El intercambio entre clanes para tomar esposa es circular y se origina desde la familia del novio hacia la familia de la futura novia. Este intercambio tiene dos funciones principales: la primera, validar el matrimonio; la segunda, transferir la capacidad procreadora del novio desde la familia hacia la de la mujer. Mediante esta transferencia se concede al hombre y a su familia el derecho a reclamar a todos los hijos que tenga con la mujer, sea o no Puinave. Debido a que la sociedad considera que todos los niños nacidos durante el matrimonio pertenecen en primer lugar a los Puinave como pueblo, al clan paterno, la protección de los niños, en caso de ruptura matrimonial o muerte, es considerada un derecho del clan paterno. El matrimonio ha sido el medio para asegurar alianzas entre distintos clanes, y por ello se considera a los niños como vínculo esencial de unión.

(…)

Dado que la sociedad está organizada en clanes. Estos colectivos definidos por sentirse descendientes de un antepasado común son los que realizan importantes prácticas económicas, espirituales y rituales. En este contexto, es importante el reconocimiento de sus derechos y deberes sobre los niños y jóvenes, para cumplir con realizaciones y funciones necesarias a la reproducción del clan, inserto en una unidad mayor que es su pueblo.

Los clanes a los que pertenecen los jóvenes en calidad de futuros cónyuges están directamente implicados en la concertación del matrimonio. El joven novio debe someterse a las posibilidades de su clan para casarse; la joven a su vez, a la decisión de su propio clan. Estas formas de reglar el matrimonio definen con quién es posible casarse y con quién no. Estas decisiones hacen parte de la cultura y tiene una importancia social considerable. Este paso, no fija edad mínima para el matrimonio como lo establece el derecho estatal y es señal de la capacidad de un clan acoger a una nueva familia para que pueda participar en la vida social bajo su apoyo y su respaldo.

Pregunta 3. ¿Qué tan importante es la presencia del Capitán en la mediación de los conflictos de custodia dentro de la comunidad de Yuri?

Respuesta: El Capitán es la autoridad con competencia jurisdiccional que los Puinave reconocen y valoran. Es elegido por la comunidad por un periodo de un año y está registrado en la Alcaldía de Inírida (…).

Como autoridad él y los mayores o ancianos del pueblo, muchos de los cuales fueron capitanes, o son llamados a petición, se enteran y toman la iniciativa, en primer lugar para dar consejo o, en segundo lugar, para intervenir frente a los casos que lo requieran46.

Su presencia como capitán en la comunidad es substantiva. Ellos son elegidos en reconocimiento de su capacidad para que permanezca la armonía ya sea previniendo problemas y conflictos, mejorando la calidad de vida de los comunitarios y representándolos en el mundo de fuera, (como lo hiciera al ser llamado por el ICBF) y para ejercer funciones jurisdiccionales sólo o con otros miembros de la comunidad como cabildantes y ancianos consejeros.

Pregunta 4. ¿Cuándo interviene el Cabildo indígena en los conflictos de menores?

Respuesta: Cuando hay niños huérfanos y los familiares cercanos están en imposibilidad de tenerlos bien. Cuando existe, como en este caso, un conflicto que irrumpe negativamente la tradición y es necesario reorganizar lo que está saliéndose de los principios que él debe proteger, porque ha sido elegido y nombrado por representar los intereses de su pueblo y el

más importante es poder seguir siendo un pueblo indígena portador de una identidad diferenciada. Cada uno de sus miembros se siente indígena, se siente Puinave y miembro de la comunidad de Yuri.

Pregunta 5. ¿Si el conflicto se soluciona en el marco de una conciliación realizada ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), las normas indígenas son relevantes para la resolución del caso?

Respuesta: El articulo 246 cierra con la frase: “La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”. El ICBF dentro del marco de una Política Pública de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, definió, e implementó principios y procedimientos desde el año 200047, como también mediante la Resolución 2785 de julio de 2009, para interactuar inter-cultural e inter-legalmente en los casos de niños, niñas y jóvenes indígenas cuando estos casos salen de la jurisdicción especial indígena. Es claro que los servidores públicos deben hacer control constitucional de sus actuaciones para compatibilizarlas con los derroteros de la carta.48

En primer lugar, los Defensores y jueces deben definir si esta institución es o no la competente o, si en casos especiales como este, deben actuar con la autoridad indígena.

(…)

Bajo estas circunstancias las normas y procedimientos de ambas autoridades se presentan, para dar salida a las medidas de protección o restablecimiento de derechos.

El hecho que la madre viva en la capital y el padre en la comunidad y que ella acuda a la jurisdicción ordinaria es una situación que amerita actuar interrelacionadamente. La Defensora en uso del conocimiento de que dispone, que trasciende su formación como abogada porque sabe que de aplicar el derecho que ella conoce únicamente estaría negando el reconocimiento constitucional no solamente a la autoridad que tiene competencia jurisdiccional sino al pueblo Puinave que tiene derecho a la distintividad cultural y a lo propio, en este caso a su derecho propio. Este reconocimiento y valoración se deduce del Convenio 169 de la OIT que es vinculante y de la Declaración sobre pueblos indígenas de Naciones Unidas, derroteros libremente aceptados por el Estado colombianos que se comprometió a aplicarlos.

6. Deseo agregar.

La señora expresa de manera enérgica en el Cuaderno 1 Pagina 2

(…) hoy pago luz en Inírida, estudio en Inírida y trabajo en Inírida; además no recibo ningún privilegio de la comunidad de Yuri desde hace muchos años y como dije mi embarazo fue controlado por la medicina del blanco y el parto fue atendido por medico blanco. (Negrilla fuera de texto).

Puesto que la madre es la que debe tener a los niños (Cuaderno 1 Página 10) Pero la niña no pertenece al resguardo porque ella nació en Inírida (Cuaderno 1 Pagina 11)

Una característica de los Puinave es su visión cultural sentada en el sujeto colectivo, la comunidad, como digna de protección pero en función de apoyar a cada uno de sus miembros. En esta sociedad se necesita dar para recibir. El dar y el recibir es una institución que atraviesa la vida cotidiana. Cada individuo sabe, porque lo ha vivido toda la vida, que no se basta por sí mismo; que requiere intercambio de mano de obra, trabajo colectivo, ayuda mutua y participación en todos los asuntos de la comunidad. El que ella plantee que se basta así misma, y con vehemencia exprese que no recibe ningún privilegio de la comunidad de Yuri, desde hace mucho tiempo significa que se la /desconoce/ o porque ella repudia su sociedad o porque la sociedad la repudia a ella.

Juega como indígena de su comunidad (no siempre) pero cuando lo hace no acata sus normas y actúa como blanca (libre y racional) desvinculándose de la misma, comunidad que es sujeto de derechos y ella de deberes. (…)

Es que el desarrollo de la libre personalidad como miembro de un pueblo indígena, tiene los límites que le impone ser miembro de un sujeto colectivo de derecho.

(…) “mi hija SIRLEY ESTEFANIA PARADA QUIMBAYA se encuentra en una situación de amenaza a su derecho fundamental a tener una FAMILIA y a no ser separada de ella (…) para evitar a la niña SIRLEY ESTEFANIA PARADA QUIMBAYA un perjuicio irremediable en sus derechos al libre desarrollo de la personalidad (Articulo 16), de la vida, a tener una familia (Art. 44 CP) y a no ser separada de ella, el cuidado y el amor y la libre expresión de su

opinión en cabeza de su madre, al igual que gozar de una formación integral al lado de su mamá; (…)

La niña a futuro puede definir como ella lo ha decidido ser libre y desarrollar su personalidad a su manera. Pero, mientras esté bajo las reglas de la comunidad han de vivir con ciertas restricciones. Esas restricciones hacen parte del derecho Puinave a lo propio, que de ninguna manera es un mundo clonado que se repite sin cambios y modificaciones. Es un pueblo que se abre cautelosamente a los mundos culturales foráneos.

Como madre no responde a los deberes pensados por este pueblo y que se constituyen en graves violaciones al derecho de los niños:

Desde su nacimiento la señora PAOLA QUIMBAYO nunca demostró su responsabilidad como madre porque nunca le proporciono la leche materna que tanto amerita en un recién nacido; porque le importaba más su prestación de servicios domésticos en la casa del doctor Manotas.

(…) Y nunca ha puesto en consideración de aportar no solo económicamente sino también en otras especies que contribuyan positivamente al cuidado de la niña.

Los conflictos de pareja es usual que se arreglen entre la pareja, a veces con apoyo de los familiares; ese es el principio del derecho propio y ese es el procedimiento. Ella, la demandante, que lo sabe y lo reconoce, decide en contravía de ese derecho sacar el caso a la jurisdicción ordinaria, descalificando el derecho interno, ya que fue aconsejada por los ancianos a solicitud de su marido, pero no se acogió a estas solicitudes, sino que individualmente determinó actuar.

La demandante [no] ha actuado según el debido proceso Puinave; es decir si un niño está en peligro -como lo ha estado la niña-, dado que su mamá no la amamantó, ni la ha cuidado en sus primeros meses de vida como corresponde a una mamá; y, sí lo ha hecho el padre apoyado por los abuelos paternos; si demuestran capacidad afectiva y condiciones materiales y si como en el caso no se resolvió entre los miembros de la familia porque el caso ella lo sacó a la jurisdicción ordinaria, el define en colaboración con la Defensoría de menores y con la juez, la restitución de su derecho a actuar con competencia jurisdiccional y el de la niña a tener una familia.

(…)

Los Puinave tienen un censo y allí están todos sus miembros aún si viven en Inírida u otro lugar. Pertenecer es de todas maneras ser identificados como propios de la comunidad viviendo fuera, pero con deberes frente a su comunidad como medio de seguir siendo sujetos de los derechos de grupo.

V. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

5.1. Primera Instancia. Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía

5.1.1. En sentencia del dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010), el Juzgado Promiscuo del Circuito de Inírida, Guainía, denegó la solicitud de tutela presentada por Yelitza Paola Quimbayo, por improcedencia de la acción. El juez de primera instancia explicó que, "…existiendo otros medios idóneos, eficaces y expeditos; la acción de tutela propuesta, con arreglo al principio legales (sic) de subsidiariedad consagrado en el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución, o como mecanismo transitorio consagrado en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 19991, no está llamada a prosperar, de acuerdo con los supuestos fácticos puestos de presente por la actora y el accionado"49.

5.1.2. Adicionalmente se dijo que la actora cuenta con dos medios de defensa ordinarios, y que si desea ejercer la custodia sobre la menor puede recurrir administrativamente ante el Defensor de Familia del ICBF o puede acudir a la vía judicial. Sobre este punto estimó que "el ordenamiento jurídico prevé una vía judicial idónea, eficaz y expedita ante los jueces de familia para dirimir los conflictos relativos a la custodia, fijación de alimentos y regulación de visitas de los menores, así como para revisar las decisiones administrativas, proferidas por los Defensores de Familia sobre éstos mismos aspectos…"50. En este mismo sentido consideró que de acuerdo con los artículos 11951 y 12152 de la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la adolescencia) se establecen plazos perentorios para tramitar ante el juez de familia las medidas de urgencia en determinadas circunstancias que se requieran53.

5.1.3. Concatenado a lo anterior, señaló que no se está frente a una situación donde se configure un perjuicio irremediable toda vez que no fue probado, "ya que la accionante se limitó a exponer que este se producía pero sin especificar de qué manera la decisión sobre la custodia de la niña puede causar peligro a su integridad física, mental y en virtud del cual se

puede evidenciar un peligro para ella, máxime si se tiene en cuenta que revisado el proceso de custodia y conforme con las manifestaciones tanto de la accionante y de los accionados, en este proceso lo que finalmente se hizo fue legalizar una situación que de hecho se estaba presentando, esto es, que la niña, desde muy pequeña convivía con sus abuelos paternos, razón por la cual la decisión de asignación de custodia realmente no modificó la situación de la niña, por lo cual no puede esgrimirse que con dicha decisión se le hayan vulnerado sus derechos fundamentales o se le haya puesto en una situación de inminente peligro o que le ocasione un perjuicio inminente, por lo que no son de recibo los argumentos de la accionante, y por tanto, se declara que o se presenta en caso sub – examine el perjuicio irremediable alegado por la actora"54.

5.1.4.Finalmente se dijo que aunque la señora Yelitza Paola Quimbayo dice no pertenecer a la comunidad de Yuri por lo que la mencionada jurisdicción no le sería aplicable por encontrarse residiendo en la ciudad de Inírida, la actuación de la Defensora de Familia, fue propiciar una reunión entre las partes y las autoridad indígena de la comunidad quien realizó una conciliación entre ellas dice que, "…el acogimiento a la jurisdicción indígena no es renunciable y que en cualquier caso cuenta con las acciones judiciales ordinarias porque las decisiones que se toman en la custodia de niños y niñas, no hacen mérito a cosa juzgada material, por lo que son susceptibles de modificarse en cualquier momento." 55

5.2. Segunda Instancia. Impugnación. Sala Civil de Familia. Tribunal Superior del Distrito, Villavicencio, Meta

5.2.1. En escrito de junio veintitrés (23) de dos mil diez (2010) la tutelante impugnó la decisión de Primera Instancia manifestando que, "El Juzgado no tuvo en cuenta mis argumentos de defensa, el ICBF no tomó ninguna medida de protección al respecto, pues afectaron los derechos de mi hija al separarla de mí que soy su madre biológica. Mi hija requiere atención especial pues pertenece a la primera infancia, ella nació el 18 de agosto de 2008, cuenta con 21 meses de edad y del año y nueve meses de su vida solo la he tenido los primeros seis meses, esto no es justo"56. Por otra parte manifestó que, "No es cierto que la Jurisdicción Especial Indígena de la Comunidad de Yurí esté organizada, lo que hizo la Defensora de Familia del ICBF fue trasladar una decisión a una Autoridad Indígena que no está organizada, al menos nosotros no sabíamos que existiera ésta organización, como tampoco haga parte de la Comunidad Indígena de Yurí; ICBF redactó una Acto con

inconsistencias y no se registró todo lo que se dijo en la Audiencia”57.

5.2.2. En sentencia del veintiséis (26) de abril de dos mil diez (2010),la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio resolvió confirmar la sentencia de primera instancia. Dijo que en este caso se niega por improcedente la acción de tutela impetrada, pues “…la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la reclamación de sus derechos, (…) sin que aparezca circunstancias que habiliten esta acción constitucional como mecanismo transitorio”58.

5.2.3. Finalizó señalando que el amparo resulta improcedente dado que la Defensora de Familia del ICBF no incurrió en vía de hecho por acto administrativo, toda vez que la decisión se tomó siguiendo los parámetros que rigen la cultura Yuri, y además, la accionante no hizo observación alguna al momento de suscribir el acta de conciliación. Por último, indicó que la accionante cuenta con otros medios de defensa judicial59.

VI. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Nueve, mediante auto del veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Problema jurídico y esquema de resolución

2.1. Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) regional Guainía, y la autoridad indígena de la Comunidad de Yuri, representada por el Señor Eduar Estibenzon Medina vulneraron los derechos fundamentales a tener una familia, a no ser separado de ella, al libre desarrollo de la personalidad y al acceso a la administración de justicia de la señora Yelitza Paola Quimbayo Díaz y de su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo a través del Acta de

Conciliación suscrita el dos (2) de mayo de dos mil diez (2010) que decidió la custodia y cuidado de la menor.

2.2. Para resolver el problema planteado, la Sala seguirá el siguiente esquema de resolución: en primer lugar (i) la Sala reiterará la jurisprudencia sobre el tema al derecho constitucional a la diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas, las limitaciones a esta jurisdicción y los criterios utilizados para determinar el fuero indígena. En esta parte se estudiará si la renuncia a ser indígena constituye un elemento importante para determinar el fuero indígena. Posteriormente, se analizará lo relacionado con el interés superior del niño en la jurisdicción indígena, y el tema de las medidas de protección en materia de niños indígenas dispuestas en la normatividad internacional, en el Código de la Infancia y Adolescencia en las Resoluciones del ICBF. En segundo lugar (ii) la Sala verificará si se cumple con el presupuesto de la subsidiariedad y si se configura un perjuicio irremediable en el caso concreto y de ser así resolverá el problema jurídico consistente en verificar si se vulneraron los derechos de Yelitza Paola Quimbayo Díaz y de su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo con el Acta de Conciliación de dos (2) mayo de dos mil diez (2010), el posible incumplimiento de lo pactado en la conciliación y si la renuncia de la madre a su condición de indígena puede ser relevante en la solución del caso concreto.

4. Reiteración jurisprudencial sobre el derecho a la diversidad étnica y cultural, limitaciones a la jurisdicción indígena y criterios para la determinación del fuero. Renunciabilidad del fuero y regulación del interés superior del niño indígena.

4.1. El derecho a la diversidad étnica y cultural reconocido en la Constitución, los Tratados Internacionales y la legislación nacional

4.1.1. Como ha venido reiterando la jurisprudencia constitucional, la Constitución de 1991 realizó una transformación en el reconocimiento de la jurisdicción indígena en Colombia haciendo efectivo el reconocimiento de la igualdad en la diversidad, incluyendo la normatividad y la jurisdicción indígena como parte de la normatividad nacional y reconociendo la diversidad étnica como una forma de pluralismo jurídico y “Constitución multicultural”.

4.1.2. Como se explicó en la Sentencia T- 380 de 199360el reconocimiento de la diversidad cultural obedece a “…la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad

de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental". Del mismo modo en la Sentencia T-728 de 200261 se explicó que "...la Constitución privilegia, de manera significativa, la autonomía de las comunidades indígenas, una de cuyas expresiones es precisamente la jurisdicción especial indígena. El ordenamiento constitucional reconoce que la nacionalidad, como elemento esencial del Estado, se construye a partir de su realidad multiétnica y multicultural, fundada en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad, el pluralismo y la protección de las minorías...". Finalmente en la Sentencia C –742 de 200662 se explicó que la existencia de un reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y la protección de las diferentes manifestaciones culturales de la Nación es una expresión de la riqueza humana y social de los pueblos como instrumentos para construir sociedades organizadas y que el proteger la diversidad cultural, es un valor esencial para el reconocimiento de los diálogos interculturales y crear sociedades más organizadas que resuelvan conflictos en sociedades diversas.

4.1.3. Dentro de las normas constitucionales en torno al reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural se encuentra el Preámbulo de la Constitución, que establece que se debe "fortalecer la unidad de la Nación y asegurar la convivencia, la justicia y la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo". De igual manera, el artículo 1º consagra la forma política de Estado social de derecho, "organizado en forma de república, democrática y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana". De otra parte el artículo 7º señala que se "reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" y el artículo 70 establece que "la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad" y que "El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país". De esta forma el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes y diversos, que valora positivamente esa diversidad y la considera un bien susceptible de protección constitucional63.

Igualmente se establece el reconocimiento constitucional de los principios de las comunidades indígenas en los artículos 286, 287 y 329 que establece el reconocimiento de los territorios indígenas como entidades territoriales (art. 286); que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y que tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a

participar en las rentas nacionales (art. 287); y que los territorios indígenas serán entidades territoriales, con autonomía para la gestión de sus intereses y el derecho a gobernarse por autoridades propias (art. 329).Por otra parte los artículos 17164 y 17665 prevén la participación política de las comunidades indígenas en el Congreso de la República, a través de la elección de dos senadores y de los representantes a la Cámara que determine la ley que tendrá un máximo de cuatro representantes.

Del mismo modo se debe subrayar que el artículo 246de la Constitución consagra la llamada "jurisdicción especial indígena" en donde se dice que los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, "siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional"66. La Corte Constitucional al realizar el análisis de constitucionalidad de la ley 89 de 1890 en sentencia C-139 de 199667 estableció el alcance de la jurisdicción indígena, la cual comprende: (i) la facultad de la comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de establecer y/o conservar normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (vi) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada68.

Finalmente los principios de diversidad cultural e integridad étnica se consagran tangencialmente en varios artículos constitucionales, como por ejemplo el artículo 8º en donde se da la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación, el artículo 10º en donde se reconoce el carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas al interior de los territorios de las comunidades indígenas; el artículo 68 que establece el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural; y el artículo 72 que dispone que se debe proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación. La inclusión en la Constitución de estos principios buscan la protección de los derechos fundamentales de los individuos de la colectividad pero sin dejar de lado la garantía de la supervivencia cultural del grupo, situación que tendrá que sopesar el juez constitucional en cada caso concreto.

4.1.4. A nivel internacional y por efectos de la aplicación del bloque de constitucionalidad69 se debe tener en cuenta dentro de la normatividad que se refiere al reconocimiento de la

diversidad étnica y cultural, el Convenio 16970de la OIT, “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, que tiene como propósito exigir “a los gobiernos que garanticen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y trabajen junto con las comunidades indígenas para poner fin a la discriminación en cuanto a las desigualdades en los resultados – diferencias en salud, educación, empleo, etc. – y a las desigualdades en los procesos de gobernanza – participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones, en las instituciones y programas del gobierno”71. Este Convenio adquiere importancia gracias a que se caracteriza por un enfoque de “respeto por la diferencia y promoción de la autonomía” de los pueblos aborígenes, y por el reconocimiento de derechos como la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros, teniendo como elemento transversal a este Convenio el respeto al principio de no discriminación.

4.1.5. Por otra parte, la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los pueblos Indígenas72reconoce que los pueblos indígenas tienen derecho a (i)conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (art. 5); (ii) “a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura”, para lo cual los Estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir los daños causados por “todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica” (artículo 8); (iii) “a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (artículo 11.1); (iv) “a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y controlar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos”(artículo 12.1); (v) “a revitalizar, utilizar, fomentar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos” (artículo 13.1); y (vi) “a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital” (artículo 24.1)73.

4.1.6. Finalmente la Ley 397 de 1997 por la cual se “dictan normas sobre patrimonio cultural,

fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”74, en la cualse resaltan los derechos de los grupos étnicos y lingüísticos como las comunidades negras y raizales y los pueblos indígenas, y se establece el derecho a conservar, enriquecer y difundir su identidad y patrimonio cultural, a generar el conocimiento de las mismas según sus propias tradiciones y a beneficiarse de una adecuación que asegure estos derechos75, la protección de las lenguas; conservar los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural; gozar de los derechos de su autoría colectiva con el fin de proteger sus lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes; a recibir apoyo en sus procesos de etnoeducación y a obtener estímulos para la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación76.

4.1.7. En conclusión, los derechos a la diversidad étnica y cultural y a la autonomía de la que gozan las comunidades indígenas están consagrados en la Constitución, en los tratados internacionales sobre derechos humanos, firmados y ratificados por Colombia como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas y en parte de la legislación nacional. Estos derechos implican derechos territoriales, jurisdicción propia, reconocimiento y protección de sus tradiciones, lengua, cultura e implica el otorgamiento de un espacio legal particular con capacidad para autogobernarse, manejar recursos propios, emitir normas y sancionar. Sin embargo, la normatividad sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no presupone una escisión definitiva de las comunidades indígenas reconocidas en su especificidad con el contexto nacional, ya que si bien los Pueblos Indígenas son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, estos derechos deben coordinarse, armonizarse y conciliarse con el principio de unidad nacional debido a que las comunidades indígenas no constituyen una entidad pública por fuera de la organización del Estado, como se analizará a continuación.

4.2. Limitaciones a la jurisdicción indígena. Criterios para la determinación del fuero indígena y renunciabilidad del fuero

4.2.1. La Corte Constitucional ha construido una línea jurisprudencia sólida sobre las limitaciones a la diversidad étnica y cultural, en lo que atañe a la jurisdicción especial indígena. Como se expuso anteriormente, el artículo 246 de la C.P establece que, “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su

ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República…". Pese a la omisión absoluta del Congreso en expedir la ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, la Corte Constitucional a través de la revisión de las sentencias de tutela ha definido, por una parte los límites que deben respetar las autoridades indígenas al imponer una sanción a uno de sus miembros, y por otro lado la noción de fuero indígena, con el objeto de que los indígenas sean juzgados por sus propias autoridades, de conformidad con sus usos y costumbres77.

4.2.2. En cuanto a las limitaciones constitucionales a la jurisdicción indígena la primera sentencia que abordó el tema fue la sentencia T – 254 de 199478, en donde la Corte revisó el caso de una acción de tutela interpuesta por el indígena Ananías Narváez contra la comunidad indígena de El Tambo, en razón de que esta comunidad había vulnerado presuntamente sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, a la honra, al buen nombre y a la vida, y había desconocido la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. El tutelante reclamaba que se le había expulsado de la comunidad, junto con su familia, por la supuesta comisión del delito de hurto y, además, en su concepto, se le había negado el reconocimiento de unas mejoras realizadas sobre una parcela. En este primer caso sobre limitaciones de la jurisdicción indígena la Corte Constitucional estableció que la autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas debe "ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (art. 246 y 330 de la C.P.) de forma que se asegure la unidad nacional".

Por otra parte, la Corte determinó como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación (art. 38 C.P.) y estimó que la sanción de expulsar al accionante del territorio indígena no quebranta la Constitución Política ni los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 93 C.P.), pues la pena de destierro sólo se refiere a "…la expulsión del territorio del Estado y no a la exclusión de las comunidades indígenas que habitan un espacio de dicho territorio pero que no exhiben el carácter de naciones".".

Estos presupuestos de limitación relacionados con el núcleo duro de los derechos

fundamentales y reconocidos por los principios de iuscogens, se reiteraron en la sentencia T-349 de 199679 y en la sentencia SU-510 de 199880, en donde la Corte precisó que aquellos bienes más preciados para el ser humano y que representan el límite de la jurisdicción especial indígena 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 legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29)." La explicación que se estableció para limitar la jurisdicción indígena con relación a estos derechos se fundamentó en que sobre los mismos derechos existe verdadero consenso intercultural sobre su protección y tutela, y que estos derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos81 y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado porque forman parte de las normas de iuscogens. Con relación al derecho fundamental al debido proceso (art. 29 C.P.),la Corte dispuso que se debe garantizar por parte de la jurisdicción indígena los principios de "legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción".

4.2.3. Sin embargo, en la Sentencia T – 349 de 1996se estableció que no todas las normas constitucionales y legales constituyen un límite al ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, porque de establecerse esta idea "el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico". Por tal razón se explicó que el juez constitucional debe aplicar el principio de la "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones" que consiste en que los jueces y demás autoridades deben favorecer el derecho de las comunidades a su autonomía, salvo cuando esté de por medio un derecho fundamental de uno de sus miembros u otro principio constitucional que adquiera mayor peso en la ponderación que se lleva a cabo en el caso concreto, o que la restricción de la autonomía constituya la medida menos gravosa posible82.

Siguiendo esta idea en la sentencia SU-510 de 199883, la Corte estableció que, "la consagración del principio de diversidad étnica y cultural (…) se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos,

el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones". No obstante lo anterior, se dice que el conflicto no exime al Estado de "su deber de preservar la convivencia pacífica",y que éste tiene la obligación de, al mismo tiempo, "garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos", siempre con la limitante de no "imponer alguna particular concepción del mundo, pues de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas". En este contexto, según esa sentencia, la jurisprudencia de esta Corporación ha asumido una posición intermedia entre un "universalismo extremo y un relativismo cultural incondicional", en la medida en que ha determinado que la diversidad étnica y cultural "sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas (…) de mayor entidad que el principio que se pretende restringir".

4.2.4. Con relación a las sanciones y castigos impuestos por la comunidad indígena a uno de sus miembros, la jurisprudencia de esta Corporación también se ha pronunciado sobre los límites y restricciones de la autonomía indígena. Por ejemplo en la sentencia C-139 de 199684, se estableció que es inconstitucional cualquier norma legal que fije o limite excesivamente el tipo de sanciones que una comunidad indígena puede imponer y se puntualizó que "…es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa". De manera que corresponde al juez, en cada caso concreto, determinar cuáles de esas sanciones son contrarias al ordenamiento jurídico85.

Por otra parte se estableció en la sentencia SU-510 de 1998 que no son aceptables desde la perspectiva constitucional "… aquellas sanciones que impliquen un 'castigo desproporcionado e inútil' o impliquen graves daños físicos o mentales…"86. Con base en este presupuesto en la sentencia T-523 de 199787, la Corte Constitucional se pronunció sobre la legalidad de la sanción del fuete en la comunidad Páez, en el caso de un condenado mayor de edad88. La conclusión que se dio entonces es que el umbral de gravedad y la apreciación relativa, son los criterios que se deben usar para determinar qué penas constituyen tortura o trato cruel, inhumano o degradante, y que "una misma conducta puede

ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra”89.

Del mismo modo la Corte fundamentó la constitucionalidad de la sanción impuesta en la sentencia T-349 de 1996, en la que se aceptó la imposición de la sanción del cepo en el caso de la comunidad Embera-chamí y en la sentencia T-549 de 2007, la Corte Constitucional reiteró lo dispuesto en la sentencia T-523 de 1997 y manifestó que “la imposición el fuete junto con otra sanción de mayor entidad son aceptables dentro de la justicia indígena”90.

Por otra parte, en la sentencia T-1127 de 2001, la Corte Constitucional estudió la consagración del delito de hurto en la comunidad indígena Páez a raíz de una acción de tutela interpuesta por la madre de un Nasa de 15 años de edad que robó unas gallinas y que se encontraba incomunicado91. En esta oportunidad, teniendo en cuenta que “hasta hace poco el robo era castigado con la pena de muerte” en la comunidad Paéz, la Corte concluyó que la medida de aislamiento era necesaria para proteger al infractor, pero que la prohibición de no poder encontrarse con su madre era contraria al debido proceso en la medida en que se trataba de una sanción que nunca antes se había impuesto y, por lo tanto, no era previsible.

4.2.5. En síntesis sobre este punto, las comunidades indígenas tienen el derecho a que la jurisdicción indígena sea respetada de manera que, una vez asumido un caso para su conocimiento, la decisión adoptada tiene la misma jerarquía de una sentencia ordinaria. La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que, cuando en el caso sometido a su conocimiento todas las partes son integrantes de la misma comunidad, la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas para resolverlo, está sometida al respeto de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y al debido proceso, que son principios de mayor monta que la diversidad étnica y cultural y sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural. En esta medida, corresponde al operador judicial consultar la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad en cuestión para resolver el caso, pues cada comunidad es diferente y en principio, a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía92. En todo caso, cuando se presenta una tensión entre los derechos individuales fundamentales y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el juez debe atender las circunstancias particulares del caso concreto y tener en cuenta que las características de los elementos que integran la jurisdicción especial indígena varían en función de la cultura específica.

4.2.6. Con relación al fuero indígena y los criterios para determinar la competencia de la jurisdicción indígena se debe diferenciaren primer lugar entre el fuero indígena y el derecho a la jurisdicción especial indígena. El fuero indígena se definió en la sentencia T-728 de 2000 como 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 (…)". Del mismo modo en la Sentencia T-617 de 2010 se definió el fuero indígena como "…un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa".

4.2.7. Por su parte la jurisdicción especial indígena se define como derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria93.

4.2.8. Teniendo en cuenta esta diferenciación la jurisprudencia constitucional ha establecido una serie de criterios para determinar el fuero y la jurisdicción indígena. En primer lugar se establece el criterio objetivoque hace referencia a que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación del derecho propio94. Teniendo en cuenta lo anterior la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha resuelto a favor de la jurisdicción especial conflictos de orden laboral, como el de un comunero que había laborado para un taller de confecciones de propiedad de una pareja indígena en una empresa que se encontraba dentro de un resguardo95, y, en materia civil, se ha avalado la competencia de la jurisdicción indígena para resolver casos de sucesiones bajo su propia ley, donde las normas indígenas no contemplaban como herederos a quienes lo son en la ley general colombiana96. Del mismo modo en un caso de alimentos en donde se

planteó el conflicto entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción de familia la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura se falló a favor de la jurisdicción indígena97.

4.2.9. Por otra para establecer la competencia de la jurisdicción indígena y el fuero indígena en un caso concreto se debe tener en cuenta el criterio personal que se refiere a que "el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su propia comunidad"98. Sobre este criterio la Corte ha establecido que el factor personal determina los sujetos de juzgamiento y de relación procesal activa y pasiva en un asunto contencioso. En el ámbito personal, se define a los indígenas en la legislación como los "conjuntos de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos y costumbres de su cultura así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que los distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad"99. Para probar esta pertenencia muchas veces se han utilizado criterios como el estar en el censo de la comunidad, tener un carné o una declaración del gobernador del cabildo, pero otras veces estos elementos no han sido tenidos en cuenta y se ha valorado el grado de pertenencia del indígena a la comunidad utilizando peritajes de carácter antropólogico100.

4.2.10. Sobre el grado de pertenencia la Corte ha establecido que se debe analizar el grado de integración del sujeto a la comunidad y que éste viva según sus usos y costumbres. Este grado de integración del indígena a su comunidad, da lugar al criterio subjetivo que se refiere a la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar "si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos"101.

4.2.11. Del mismo modo se debe tener en cuenta el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar, "las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas". La noción de territorio es aquel entendido en principio como "el reconocido legalmente bajo la figura del resguardo [y] el habitualmente ocupado por la comunidad indígena"102.Sin embargo, hay que resaltar que el criterio territorial se ha ampliado a aquellos ámbitos en donde tradicionalmente los indígenas desarrollen sus actividades sociales, económicas o culturales ("territorios indígenas").

Igualmente la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en la resolución de los conflictos positivos de competencia, estableció en la sentencia de 31 de marzo de 2003 que una comunidad sin resguardo definido o titulado por la Nación puede dar lugar al reconocimiento de la jurisdicción, siempre y cuando se recreen la cultura, usos y costumbres en determinado territorio103.

Por lo tanto, en la determinación del fuero indígena interviene no sólo un elemento de carácter personal, en virtud del cual el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, sino que también participa un elemento de carácter geográfico, según el cual cada pueblo puede juzgar las conductas ocurridas dentro de su territorio, de manera que "no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable"104.

4.2.12. Por último, la Corte también ha establecido que se debe aplicar el criterio institucional u orgánico que 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 social105. Este criterio se construye a partir de que en la Constitución de 1991 se reconoce la jurisdicción especial indígena, y a partir de este principio cada comunidad ha venido estableciendo y aplicando procedimientos y normas para resolver sus conflictos que pueden tener un origen histórico o consuetudinario o que se han venido reconstruyendo a través del propio reconocimiento de la jurisdicción especial106. Sobre el criterio institucional la Corte ha venido estableciendo que se debe tener en consideración el principio de legalidad, que se refiere al conocimiento de la normatividad, del procedimiento y las autoridades. Del mismo modo se ha dicho que las conductas reprochables o prohibidas, así como los procedimientos de solución de los conflictos deben tener un carácter de predicibilidad de carácter genérico y no específico107.

4.2.13. Una vez analizados los criterios para determinar la jurisdicción indígena y el fuero indígena se debe tener en cuenta que cuando el juez se enfrente ante situaciones que no se puedan solucionar razonablemente mediante los criterios objetivo, personal, subjetivo,

territorial e institucional la jurisprudencia ha dispuesto lo siguiente. En la Sentencia C – 370 de 2002 se dijo que cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son los competentes para conocer el caso. Sin embargo se debe determinar, “si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle o no el derecho al fuero”108. En la Sentencia T – 1238 de 2004 se estableció que es posible que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma109. Por otra parte, en la Sentencia T- 496 de 1996 se dispuso que en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria110. En la misma sentencia se estableció que es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria.

4.2.14. Por otro lado se debe destacar que cuando se presentan conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es la competente para resolver estos casos. En líneas generales la Sala Disciplinaria ha recogido los criterios objetivo, territorial, personal y subjetivo para resolver los conflictos pero existen casos que por tratarse de delitos que “desbordan la órbita cultural indígena” dada su nocividad social deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión111, el narcotráfico112, el contrabando, el lavado de activos, el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad.

4.2.15. En conclusión sobre este punto, para determinar el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, la Corte ha establecido cuatro criterios. El criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelto en su comunidad; en segundo lugar el criterio territorial, que se refiera que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; en tercer término el factor personal, que se refiere a que si se trata de un miembro de la comunidad debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, es decir, que comparta su propia cosmovisión,

criterio que también recibe el nombre de criterio subjetivo. Por último se debe tener en cuenta también el factor institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predicibilidad de carácter genérico. Estos elementos determinantes para establecer el fuero y la aplicación de la jurisdicción indígena pueden tener algunas excepciones que se deben resolver por parte del juez, ponderando en algunos casos entre los diferentes criterios de aplicación del fuero indígena y escogiendo si se debe aplicar la normatividad nacional o la normatividad de determinada comunidad indígena.

4.2.16. Por último, con relación a la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial, se tiene que hablar de tres supuestos: por una parte (i) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (ii) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (iii) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen.

4.2.17. Sobre el primer punto – la renuncia de la comunidad al fuero – algunos autores estiman que la estipulación constitucional del artículo 246 de la C.P., que indica que "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales", determina que el fuero especial es discrecional y que por ende las autoridades indígenas pueden renunciar a la potestad de juzgar un caso que involucre a uno de los miembros de la comunidad y que fuere realizado dentro de su territorio, para que sea resuelto por el sistema jurídico nacional. Este criterio ha sido aplicado por parte de la Corte Constitucional, por ejemplo, en la Sentencia T – 349 de 1996 en el caso de una tutela presentada por un indígena Embera – chamí que había sido condenado en una segunda instancia a 20 años de prisión por homicidio y que consideraba que se le había violado sus derechos de defensa, debido proceso y legalidad. En dicha ocasión se dispuso que, "Para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria"113.

Esta posición ha sido rebatida por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que ha dispuesto en su jurisprudencia que la comunidad no puede renunciar a su ejercicio en la resolución de los conflictos presentados en su territorio y entre sus miembros, ya que esto implicaría el desconocimiento del juez natural y el ejercicio del derecho indígena comprometido en el conflicto114. El caso que resolvió la Sala Disciplinaria para sustentar esta postura fue el de un indígena que después de darle muerte a su ex compañera permanente, manifestó ante la Fiscalía no estar interesado en la aplicación del fuero indígena y dispuso que su caso fuera procesado por la justicia ordinaria, situación que fue admitida por la misma comunidad Calafitas de la etnia U ´ wa. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, Sala Penal, al resolver la apelación se declaró sin competencia para conocer el proceso penal, ya que consideró que el condenado debía ser juzgado por su comunidad por que se cumplían con los criterios personales y territoriales. La Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura al resolver el conflicto negativo de competencias en sentencia de 22 de marzo de 2001115, estableció que desechaba la posibilidad de renuncia que tienen las comunidades indígenas por cuanto se violarían los derechos del procesado, y dispuso que la jurisdicción indígena no es solamente un derecho colectivo de las comunidades, sino un derecho de los individuos miembros de la comunidad. Consideró la Sala que la renunciabilidad de la jurisdicción indígena por parte de las comunidades violaría también otros derechos fundamentales como la igualdad, el acceso a la justicia y el debido proceso116.

Por otra parte se tiene que resaltar que en el reciente fallo T- 617 de 2010117 la Corte Constitucional estableció que la regla creada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura según la cual en los casos en donde estén involucrados menores de edad debe prevalecer la jurisdicción ordinaria sobre la indígena, es un presupuesto que van en contra del principio de identidad étnica y cultural y limita el pluralismo jurídico y la constitución multicultural prevista por el constituyente. En este sentido se estableció que, "…no resulta constitucionalmente legítima una regla jurisprudencial que determine la exclusión absoluta de la jurisdicción especial indígena del conocimiento de casos que involucren menores de edad, si bien el juez encargado de dirimir el conflicto debe adoptar su decisión tomando en cuenta los intereses del menor, y asegurándose de que el derecho propio prevea medidas de protección para él o ella".

4.2.18. Un segundo supuesto es la renunciabilidad del fuero indígena por parte del miembro

de la comunidad. Aunque la jurisprudencia no ha resuelto de manera específica este supuesto, en la Sentencia SU – 510 de 1998, en donde se discutía si la creación de iglesias evangélicas y la evangelización o proselitismo religioso en territorio Ika –arhuaco vulneraban los derechos a la identidad cultural de la comunidad118, estableció la Corte tangencialmente la posibilidad de renuncia e indicó que, “A diferencia de otros vínculos asociativos, más o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina sólo con su muerte”119.

Por otra parte en la Sentencia T – 113 de 2009 se estableció respecto a la exoneración para prestar el servicio militar de los miembros de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, que este beneficio es renunciable en desarrollo del principio de autonomía y que, “el hecho de que no se tenga la obligación de prestar servicio militar, no impide que un joven indígena voluntariamente, en libre ejercicio de su autonomía, decida ingresar al Ejército a prestar servicio. De hecho, podrían incluso las autoridades tradicionales considerar improcedente que cualquiera de los jóvenes de la comunidad ingresara al Ejército, y tomar medidas en tal sentido, que, en todo caso, los jóvenes mantendrían su derecho de ingresar libre y voluntariamente a formar parte de la institución castrense”.

4.2.19. El tercer supuesto sobre la renuncia obligada por parte de las autoridades indígenas a todos los derechos de una comunidad indígena por determinados comportamientos de un miembro de la comunidad, se planteó como problema jurídico en la Sentencia T – 737 de 2005 que resolvió la tutela por violación del derecho de petición para la conformación de un nuevo Cabildo en Yanacona, Putumayo, en donde afirmaban los tutelantes que se debía revocar por parte del Alcalde de Mocoa el acto por el cual reconoció otra persona como gobernador del Cabildo Yanacona de esa municipalidad y que procediera en cambio, a reconocerlos a ellos como autoridades legítimas120. En dicho oportunidad los tutelantes establecieron que, “…nuestra autoridad sanciona, castiga y premia, y el castigo y sanción para aquel que renuncia a nuestra identidad de grupo indígena es la pérdida de todos sus derechos dentro de (sic) comunidad actuante y fuera de ella”.

En este mismo sentido en la SU- 510 de 1998 que, como se anotó, se trató de la tutela de la protección de la identidad indígena ante la conversión de algunos indígenas arhuacos al rito evangélico, los tutelantes explicaron que, “Los mamos aseguran que, una vez que los

hombres y mujeres Ika llegan a la edad en que pueden autodeterminarse, adquieren plena responsabilidad con ellos mismos, con su comunidad y con la naturaleza. En ese momento de la vida, 'reciben las instrucciones de cómo convivir entre los hombres y la naturaleza, como [sic] transmitir la educación a sus hijos, y como [sic] retribuir a los padres espirituales del agua, de la tierra, de la luna, del sol, las estrellas, la brisa, el mar, las lagunas, a través de los pagamentos y garantizar el equilibrio del mundo'. Así cuando los varones reciben el tutusoma (sombrero ritual) y el poporo y a las mujeres se les entrega el huso y la aguja rituales, adquieren el compromiso 'de velar por el bien y la armonía universal' y de 'entretejer la armonía y la vida del hombre con la naturaleza'. Señalan que si alguna de estas obligaciones dejara de cumplirse, se renuncia a la responsabilidad que tenemos con el mundo y por lo tanto dejamos de ser Arsarios, Kogis o Arhuacos"121.

4.2.20. En conclusión sobre este punto, se tiene que decir que el tema de la renuncia al fuero indígena desde los tres ámbitos estudiados, no ha sido resuelto de manera puntual por parte de la Corte. Aunque hay que tener cuenta que en el caso de la renuncia al fuero especial indígena por parte de la comunidad, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura ha establecido la imposibilidad de renuncia del fuero ya que se violarían los principios de juez natural, el ejercicio del derecho del indígena comprometido en el conflicto, los principios de igualdad, debido proceso y acceso a la justicia. Sobre el tema de la renuncia de un miembro de la comunidad al fuero especial o a las prerrogativas de su condición – no obligatoriedad de prestación del servicio militar –ha establecido de manera tangencial que dicha renuncia es posible sobre la base del principio de autonomía. Sin embargo, el tercer supuesto, el de la renuncia al fuero como sanción de una autoridad indígena o de la comunidad, la Corte no ha resuelto todavía un caso concreto, y dicha situación puede ser problemática en la conciliación de las tensiones que se presentan entre los derechos colectivos y los derechos individuales de los miembros de la comunidad que son sometidos a dichos castigos o penas. En dicho supuesto se puede constituir otra limitación a la jurisdicción indígena por la posible violación del principio de identidad cultural del miembro de la comunidad por parte de la colectividad.

4.3. El interés superior del niño indígena: regulación internacional y nacional y jurisprudencia de la jurisdicción constitucional

4.3.1. La normatividad internacional y nacional así como la jurisprudencia nacional se han

encargado de demarcar el alcance de los derechos de los niños y la importancia de su protección. Los derechos de los niños se encuentran protegidos en el ámbito internacional a través de la Convención sobre los Derechos del Niño122, la Declaración de Ginebra sobre los derechos del Niño123, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos124, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales125, la Convención Americana de los Derechos Humanos126 y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948127. Del mismo modo se consagra dicha protección en las Reglas de Beijing (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores)128, y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil Directrices de Riad129.

4.3.2. Los derechos de los niños fueron consagrados en la Constitución de 1991 en el artículo44 de la C.P. en donde se establece que son, "derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia."

4.3.3. Igualmente en la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la adolescencia que establece en su artículo 1º que la finalidad de la regulación es "garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad amor y comprensión". Por otra parte se establece en dicho artículo que, "…prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna". Del mismo modo en el artículo 2º de dicho Código se establece que el objeto del Código de la Infancia es "establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes". En el mismo sentido en los artículos 4º y 6º se indica que las normas del código son de orden público y de carácter irrenunciable, y que las normas constitucionales y de tratados o convenios internacionales de derechos humanos hacen parte integral del código y sirven "de guía para su interpretación y aplicación". Asimismo en el artículo 9º de dicha regulación se establece la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y

adolescentes, en caso de conflicto con derechos de otras personas, yen el artículo 20 se explica que “las personas y las entidades, tanto públicas como privadas que desarrollen programas o tengan responsabilidades en asuntos de menores, tomarán en cuenta sobre toda otra consideración, el interés superior del menor”. Finalmente en el artículo 22, se precisa que “la interpretación de las normas contenidas en el presente código deberá hacerse teniendo en cuenta que su finalidad es la protección del menor.”130

4.3.4. Por otra parte a Corte Constitucional ha desarrollado el alcance del interés superior del niño – principio pro infans – en numerosas providencias. Por ejemplo en la sentencia C-019 de 1993 puntualizó que la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos frente a los derechos de los demás son principios consagrados en diferentes normas internacionales. En la sentencia T-283 de 1994 señaló que, “El artículo 44 de la Constitución Política establece la prevalencia de los derechos del niño sobre los derechos de los demás. La Corte ha considerado que se trata de un derecho fundamental de aplicación inmediata, que establece una garantía mayor para los menores y una responsabilidad especial del Estado en el cuidado y protección de sus derechos…”. Del mismo modo en la sentencia T – 283 de 1994 la Corte Constitucional estableció que, “…el constituyente puso un énfasis especial en la manera como este derecho vincula a todos los poderes del Estado (…) En efecto el Estado adquiere una mayor responsabilidad cuando la afectación del menor resulta de una decisión tomada por una de las autoridades (…) Los principios de protección especial y de superior interés del menor, así como los derechos, ya reconocidos en el plano legal y en los convenios internacionales, se elevan a nivel constitucional y se los dota de prevalencia ‘sobre los derechos de los demás’…”.

Por otra parte, en la sentencia T-979 de 2001, la Corte precisó que “el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (…) propende por el cumplimiento de fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad (…)”. Así mismo en la T-510 de 2003, la Corte planteó unos criterios generales iniciales para orientar a los operadores jurídicos en la determinación del interés superior del niño en cada caso concreto. Dijo la Corte en esa ocasión que para establecer cuáles son las condiciones que mejor satisfacen el interés superior de los niños en situaciones concretas debe atenderse, “tanto a consideraciones (i) fácticas –las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos

aislados–, como (ii) jurídicas –los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil-”.La determinación de estos criterios parten del reconocimiento de que las autoridades administrativas y judiciales son las encargadas de establecer el contenido del interés superior de los niños en casos particulares y cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés.

A partir de lo anterior, en la sentencia T-397 de 2004, esta Corporación concretó la regla jurisprudencial según la cual, “las decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un niño, niña o adolescente –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión”.

De conformidad con la regla anterior, en la Sentencia T-397 de 2004131esta Corporación redefinió los criterios jurídicos generales a los que debe acudirse, para adoptar cualquier decisión en casos en donde se tiene que decidir sobre el interés superior de un niño o adolescente. En primer lugar (i) se debe proveer por la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; en segundo término (ii) se debe preservar las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; en tercer lugar (iii) se debe proteger al niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; en cuarto término (iv) se debe proveer por el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y en quinto (v)lugar se debe evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado132.

4.3.5. Con relación al interés superior del niño indígena, el principio pro infans se ha venido

reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada. Esta protección especial se constata a nivel internacional en el artículo 30 de la Convención Internacional sobre los derechos de los niños133 en donde se establece que"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma". Igualmente en el artículo 29 literal d) de dicha regulación se indica que los Estados partes se comprometen a "Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena". Por último se dice en el artículo 17 que los Estados partes "alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena".

4.3.6. Por otro lado, en el Convenio 169 de la OIT se establece en el numeral primero del artículo 28 que, "1. Siempre que sea viable, deberá enseñarse a los niños de los pueblos interesados a leer y a escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan. Cuando ello no sea viable, las autoridades competentes deberán celebrar consultas con esos pueblos con miras a la adopción de medidas que permitan alcanzar este objetivo"134. En el mismo sentido en el artículo 29 se indica que, "Un objetivo de la educación de los niños de los pueblos interesados deberá ser impartirles conocimientos generales y aptitudes que les ayuden a participar plenamente y en pie de igualdad en la vida de su propia comunidad y en la de la comunidad nacional".

4.3.7. Del mismo modo se tiene que destacar que en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, se establece dentro de los principios "que se reconoce en particular, el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, en observancia de los derechos del niño". Igualmente se dispone en el numeral

segundo del artículo 7º de dicha regulación que,“ Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzado de niños del grupo a otro grupo”.

4.3.8. Esta regulación que trata de evitar que se presenten los traslados forzosos de niños indígenas se explica por los casos de “genocidio étnico” y de “generaciones robadas” que se presentaron en países como Australia, Estados Unidos y Canadá. En el caso australiano se adoptó el Aboriginal Protection Act (APA) en 1909 en donde se impusieron ciertas restricciones al movimiento de los grupos aborígenes. Dichas limitaciones consistían en prohibir el consumo de alcohol y establecer lineamientos para la educación de los niños indígenas. Desde 1915 se presentaron una serie de enmiendas a dicha legislación que permitían que los niños aborígenes fueran retirados de su familia de origen para ser incluidos en programas del gobierno australiano para el cumplimiento de una política de “asimilación”. Uno de los casos más polémicos fue el de los tres hermanos Blacke – Cedrid, Isobel y Herbert – que nacieron en la misión aborigen de Kananga, en el sudeste de Australia en 1932, 1933 y 1936, respectivamente. Estos tres hermanos conforme a las políticas de la época fueron arrebatados a su padre y a su familia por el Aboriginal Welfare Board un año después de la muerte de su madre en 1937, para ser situados en orfanatos creados especialmente para niños aborígenes. Sin embargo, dichas políticas de “blanqueamiento” no tuvieron éxito135. En el caso de Herbert el proceso de “asimilación” a la cultura blanca fue un fracaso y en los años sesenta Herbert empezó a reconstruir su historia personal, y se enfrentó a lo que él llamaba “la pérdida de identidad de nuestra raza”, provocada por dicha política136.

4.3.9. Esta política forzada de asimilación se estableció también en Canadá, en donde los niños indígenas eran llevados a “escuelas residenciales”¸ hechas a imagen del modelo de las escuelas industriales inglesas. El gobierno canadiense realizó la apertura de la primera de dichas escuelas en 1883, las cuales eran administradas por diferentes órdenes religiosas. En los años sesenta, el bajo rendimiento alcanzado por las escuelas llevo a la determinación de cerrar la mayoría de ellas137. El sistema de “escuelas residenciales” ahora es visto como un reflejo de una política de asimilación forzada que se considera injusta y que implica una limitación a la diversidad cultural y una afectación de la libre autodeterminación de los pueblos.

4.3.10. De otra parte en 1978 el Congreso de los Estados Unidos aprobó The Indian Chile Welfare Act (ICWA), ley destinada a la protección de los niños indígenas que se encuentran en procesos de remoción de sus familias y tribus ante Cortes estatales. Esta ley se creó debido a que el Congreso encontró que los trabajadores sociales y el sistema de la Corte no comprendía o tenía en cuenta la protección de la cultura de las familias indígenas y la importancia de las relaciones tribales. Asimismo, el ICWA fue creado en respuesta al alarmante número de niños indígenas que estaban siendo retirados de sus hogares por agencias tanto públicas como privadas. El intento del Congreso bajo esta ley fue "proteger el mejor interés del menor indígena y proteger la estabilidad y la seguridad de las tribus y familias indígenas"138.

4.3.11. Por último Nueva Zelanda139 tuvo una política de "asimilación" entre 1847 y 1960. Esta política no incluía un programa de remoción de los niños Maorí de sus comunidades, sino que el cuidado de los niños abandonados y puestos en adopción estaba a cargo de la familia extensa del grupo aborigen. Sin embargo, en los años sesenta ante la migración de los Maorí hacia los centros urbanos y la pérdida de identidad cultural de estos grupos, se promulgó en 1989 "The Children, Young Persons, and Their familias Act" que buscó armonizar en una sola legislación la protección de los niños y jóvenes indígenas con la pertenencia y los derechos a la identidad cultural del pueblo Maorí. En esta legislación se dispuso que el retiro de un niño o un joven de su núcleo familiar y de su comunidad solo sería procedente ante un riesgo inminente que les pudiera causar algún tipo de daño.

4.3.12. Siguiendo esta misma idea de protección del niño indígena con relación a su origen y la pertenencia a su comunidad en el Convenio sobre la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional140, se estableció en el literal d) del artículo 16 que la autoridad central "se asegurará de que se han tenido debidamente en cuenta [en los casos de adopción] las condiciones de educación del niño así como su origen étnico, religioso y cultural"141.

4.3.13. Finalmente desde el plano internacional se protege el principio del interés superior del niño indígena en la Observación General No 11 sobre la Convención de los Derechos del Niño142, promulgada el 12 de febrero de 2009. En esta Observación se establece que el Comité de los Derechos del Niño ha observado que los niños indígenas afrontan considerables dificultades para ejercer sus derechos y que continúan siendo objeto de graves

discriminaciones en una serie de ámbitos, “en particular su acceso a la atención de la salud y a la educación, lo que ha llevado a aprobar la presente observación general”143.

Así mismo se dice que se establecerán mecanismos de consulta y participación a los niños y niñas indígenas en las medidas que les afecten144. y que dichas medidas “…no pueden justificarse en ningún caso si se considera que son perjudiciales para la dignidad, la salud o el desarrollo del niño”145. En este sentido se puntualiza que “Cuando existan prácticas perniciosas, como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer, el Estado parte debería colaborar con las comunidades indígenas para acabar con ellas…”.

Por otro lado con relación al interés superior del niño indígena, se establece en el numeral 30 de dicha Observación que, “la aplicación del principio del interés superior del niño requiere particular atención en el caso de los niños indígenas. El Comité señala que el interés superior del niño se concibe como un derecho colectivo y como un derecho individual, y que la aplicación de ese derecho a los niños indígenas como grupo exige que se examine la relación de ese derecho con los derechos culturales colectivos”.

Del mismo modo en el numeral 31 se establece que, “Al determinar cuál es el interés superior de un niño indígena, las autoridades estatales, incluyendo sus órganos legislativos, deberían tener en cuenta los derechos culturales del niño indígena y su necesidad de ejercerlos colectivamente con los miembros de su grupo”. Igualmente se dice que,“En cuanto a la legislación, las políticas y los programas que afecten a los niños indígenas en general, se debería consultar a la comunidad indígena y se le debería dar la oportunidad de participar en la labor de determinar cuál es el interés superior de los niños indígenas en general de forma que se tenga en cuenta el contexto cultural. Tales consultas deberían, en la medida de lo posible, incluir una verdadera participación de los niños indígenas”.

Por otra parte en el numeral 32 se dispone que al existir diferencias entre el interés suprior del niño considerado individualmente y el interés superior de los niños como grupo, en las decisiones administrativas y judiciales de un niño en particular, lo que se tratará es de determinar “el interés superior de ese niño en concreto”, y se advierte que, “la consideración de los derechos culturales colectivos del niño forma parte de la determinación del interés superior del niño”.

Del mismo modo en el numeral 48 se dispone que, “los Estados deberían siempre velar por

que el principio del interés superior del niño sea la consideración primordial en cualquier caso en que se coloque a los niños indígenas en otro tipo de tutela para su cuidado y, conforme al párrafo 3 del artículo 20 de la Convención, prestar la debida atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico…".Finalmente en el numeral 76 de la Observación se indica que, "de conformidad con el artículo 12 de la Convención, todos los niños deberán tener la oportunidad de ser escuchados, ya directamente, ya por medio de un representante, en todo procedimiento judicial o penal que los afecte…".

4.3.14. De otro lado, la regulación del interés superior del niño indígena a nivel nacional se establece en la ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia – que en el artículo 3º parágrafo segundo establece que, "En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política". Así mismo se dice en el artículo 13 que, "Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización estatal". Por otro lado en el artículo 70 se establece el proceso de adopción de niño, niña o adolescente indígena y se dice que, "Atendiendo las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas, la adopción de un niño, una niña o una adolescente indígena cuando los adoptantes sean miembros de su propia comunidad procederá de acuerdo con sus usos y costumbres. Cuando los adoptantes sean personas que no pertenecen a la comunidad del niño, niña o adolescente indígena, la adopción procederá mediante consulta previa y con el concepto favorable de las autoridades indígenas de la comunidad de origen y se realizará de acuerdo con lo establecido en el presente Código".

4.3.15. Por otra parte, se debe tener en cuenta que a nivel administrativo el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) ha expedido una serie de Resoluciones que tienen que ser seguidas por los Defensores de Familia cuando se trata de la protección y resolución de casos de niños y niñas indígenas. Así, desde la expedición del Código de la Infancia se han proferido tres resoluciones con relación a los niños indígenas: la Resolución 3622 de 2007, la Resolución 2785 de 2009 y Resolución 5929 de 2010.

4.3.16. En la Resolución No 3622 de 2007se aprueba el “Marco General, orientaciones de Política Pública y Lineamientos de Atención Diferenciada en Materia de Familia, Infancia y Adolescencia en Grupos Étnicos de Colombia”, en donde se establece que “las Autoridades Indígenas tienen tres facultades en correspondencia con la jurisdicción especial: la facultad de conocer (notio) los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia le corresponden; ello presupone la facultad de citar a las partes, recaudar pruebas, hacer notificaciones; la competencia para resolver (iudicium) los asuntos sometidos a su consideración y, finalmente; el imperio (imperium) potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales.”

Del mismo modo se indica que los Defensores de Familia deben tener presente en la competencia jurisdiccional de las autoridades indígenas: (i) La constitucionalidad de normas, medidas e intervenciones concretas; (ii) El respeto por los derechos fundamentales del sujeto colectivo a veces en tensión con derechos de carácter individual y (iii) La validez y legalidad de las decisiones. Igualmente se dice que las acciones que lleven a cabo para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas en el restablecimiento de derechos “se deberán establecer en concertación con las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional”.

Por otra parte se indica que el Defensor de Familia, el Comisario de Familia o el Inspector de Policía, según el caso, deben tener en cuenta los siguientes lineamientos cuando se trate de implementar medidas de protección en el caso de niños indígenas: (i) que el derecho propio es protegido por el Estado y que la Constitución les garantiza a las poblaciones indígenas la posibilidad de utilizar sus propios principios y procedimientos con el fin de proteger estos derechos como manifestación de pluralismo jurídico legal; (ii) que los principios y procedimientos que se sustentan en el derecho propio han de respetarse siempre y cuando no se violen los cuatro mínimos jurídicos: derecho a la vida, derecho a la integridad del cuerpo, derecho a no ser esclavizado, derecho al debido proceso; (iii) que debe primar la actuación oportuna de las autoridades administrativas cuando se vea en peligro la supervivencia de un niño, niña o adolescente indígena, por cualquier razón; (iv) que la autoridad administrativa deberá tomar medidas de restablecimiento de derechos siempre que se vulnere un mínimo jurídico; (iv) que antes de tomar las medidas definitivas se deberá realizar una consulta previa a la Autoridad Indígena competente; (v) que de haberse tomado una medida provisional, por ausencia de autoridad étnica competente y conociéndola a

posteriori, el caso podrá ingresar a la comunidad, previa aprobación y acuerdo entre la autoridad étnica correspondiente y la autoridad administrativa (Defensor de Familia, Comisario de Familia e Inspector de Policía); (vi) que cuando el caso se traslade a la Jurisdicción Especial Indígena o a una comunidad afro, raizal o rom, se podrá concertar un proceso de acompañamiento por parte del Equipo Interdisciplinario de la Defensoría de Familia, Comisaría de Familia o Inspección de Policía para contribuir a garantizar el restablecimiento pleno de los derechos del niño, niña o adolescente indígena; (vii) que ninguna práctica "tradicional" enmarcada en el derecho a la diversidad, prima sobre los mínimos jurídicos; y que (viii) si se encuentra una práctica ritual, higiénica, o sancionatoria infractora de un mínimo jurídico, este hecho debe evidenciarse como un grave conflicto entre el Estado (que la prohíbe) y un grupo étnico (que la ratifica como propia y le da un significado)146.

Por otro lado se explica en los lineamientos los "Pasos a seguir por el Defensor de Familia para el restablecimiento de derecho en el caso de un niño indígena", en donde se indica que se debe (i) Hacer apertura del caso en la historia sociofamiliar; (ii) Convocar al Equipo Técnico para realizar el análisis del caso y crear una estrategia y las acciones puntuales para recaudar información interdisciplinaria pertinente; (iii) Contactar a la(s) autoridad(es) étnica(s); (iv) requerir su presencia para que en calidad de autoridad competente asuma el caso; (iv) manifestar respetuosamente a la autoridad que, para el restablecimiento de derechos, puede contar con la institución; y (v) en apoyo solidario a la autoridad étnica, y en concertación con ella, el equipo técnico del Centro Zonal realizará seguimiento a las medidas de restablecimiento de derechos adoptadas que se iniciaron en el centro zonal.

4.3.17. Por su parte en la Resolución 2785 de 2009 se establecía147, que la autoridad administrativa que tuviera conocimiento de la inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente indígena, verificaría en primer lugar el estado de cumplimiento y garantía de sus derechos. Así mismo se decía que,"emitirá la providencia de apertura de investigación por presunta vulneración de derechos, tomará las medidas de urgencia que requiera y ordenará la práctica de las pruebas conducentes para establecer los hechos que configuran la presunta inobservancia, amenaza o vulneración". En segundo lugar, se establecía que la autoridad administrativa oficiaría a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio de Interior y de Justicia para que certifique si la comunidad a la que pertenece el niño, niña o adolescente se encuentra legalmente

reconocida de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto-ley 200 de 2003. Del mismo modo se preveía que la autoridad administrativa, deberá preferir y priorizar la ubicación del niño, la niña y el adolescente en su medio familiar y sociocultural, excepto que: “(i) la Comunidad no esté en condición de asumir el cuidado del niño, niña o adolescente; (ii) Que la inobservancia, amenaza o vulneración afecte derechos fundamentales, y en todo caso dejará constancia de lo actuado con la autoridad indígena”.

Por otra parte se indicaba que en ejercicio de las facultades constitucionales la Autoridad Tradicional Indígena podría: “a) Asumir directamente la responsabilidad del restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente; b) No asumir el restablecimiento de los derechos vulnerados y entregar dicha responsabilidad a la Autoridad Administrativa; c) Asumir conjuntamente con la Autoridad Administrativa en quien radica la competencia, el restablecimiento de los derechos, a través del cumplimiento de las medidas”.Se explicaba igualmente que “la Autoridad Administrativa fijará fecha y hora para la audiencia de pruebas y fallo, la cual deberá efectuarse en un término máximo de diez (10) días calendario. Llegada la fecha y hora de la diligencia, si la Autoridad Indígena no comparece, se fijará nueva audiencia para celebrarse dentro del mismo término”. Finalmente se indicaba que “Si del seguimiento y acompañamiento se establece el incumplimiento de las obligaciones y acuerdos pactados en favor de los niños, niñas y adolescentes, la Autoridad Administrativa reabrirá la investigación y tomará las medidas que sean requeridas de manera inmediata para la atención integral, en los términos que establece el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006”.

4.3.18. Por último, en las regulaciones administrativa que se relacionan con las medidas especiales para proteger el interés superior del niño, niña y adolescente indígena, se debe tener en cuenta la Resolución 5929 de 2010que establece en el Anexo 7 “Las actuaciones especiales de la autoridad administrativa con enfoque diferencial y poblacional” y que dispone que la autoridad administrativa que tenga conocimiento de la inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos de un niño, niña o adolescente indígena, dará apertura a la “Historia de Atención” e inmediatamente verificará el estado de cumplimiento y garantía de sus derechos conforme lo dispone la Ley 1098 de 2006.

Del mismo modo se indica que, “Si como resultado de las diligencias adelantadas se presume que el niño, niña o adolescente pertenece a una Comunidad Indígena de la Región, la

autoridad administrativa solicitará a la Alcaldía o la Organización Indígena, si existiere, que verifique si está inscrito en el censo indígena. En caso positivo, iniciará contacto con las autoridades indígenas con el fin de remitirles el caso, para que lo asuman de acuerdo con sus sistemas de control social o de derecho consuetudinario propio…”148.

Por otro lado se explica que en ejercicio de las facultades constitucionales, la Autoridad Tradicional Indígena podrá:“a) Asumir directamente la responsabilidad del restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente; si ellos lo requieren, el ICBF acompañará, asesorará y colaborará para el mejor reintegro a la comunidad, si para tal efecto requiere de uno de los servicios de Restablecimiento de Derechos, remitirá solicitud formal y copia de la Resolución o del Acto que profieran de acuerdo a sus usos y costumbres, a la Coordinadora del Centro Zonal de su área de influencia, en la cual solicitará la asignación de un cupo en un servicio, incluida la modalidad de Hogar Gestor; b) No asumir el restablecimiento de los derechos amenazados o vulnerados, porque no puede o no quiere asumir la protección del niño, niña o adolescentes en razón de sus usos y costumbres o por motivos de seguridad”.

Igualmente en dicho Anexo se establece el procedimiento administrativo para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas cuando se de alguno de los supuestos de intervención de la autoridad estatal, es decir: (i) Cuando el derecho vulnerado o amenazado, corresponda a uno de los considerados como mínimos universales, es decir, los derechos a la vida, integridad o libertad; (ii) Cuando la vulneración o amenaza provenga de la Comunidad Indígena en razón de sus usos y costumbres; (iii) Cuando la comunidad a la que pertenece no le garantice sus derechos, y (iv) Cuando la Autoridad Indígena no puede o no quiere asumir la protección del niño, niña o adolescente en razón de sus usos y costumbres o por motivos de seguridad.

4.3.19. Finalmente, en materia de interés superior del menor y prevalencia de los derechos de los niños indígenas la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se ha pronunciado en algunos casos. En primer lugar elConsejo de Estado en fallo del trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y siete (1997)149 resolvió en segunda instancia la acción de tutela interpuesta por el señor José Fernando Castro Caicedo, en su calidad de Defensor del Pueblo y en representación de varios menores indígenas del grupo de niños indígenas abandonados por la comunidad Nukak Makú150.

La tutela se presentó en contra de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, por considerar que se estaban vulnerando los derechos a tener un nombre, una nacionalidad, a conocer a sus padres, al cuidado y a crecer en el seno de una familia, debido a que aún no se daba la autorización por parte del Ministerio del Interior para que los niños fueran puestos en adopción por la sociedad mestiza. En este caso el Consejo de Estado ordenó "al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Seccional Guaviare y a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Interior buscar por todos los medios la reincorporación de los menores amparados por esta providencia a su comunidad de origen antes de iniciar o continuar cualquier procedimiento administrativo con respecto a ellos." En este caso la decisión se tomó buscando la protección del interés superior de los niños conjugándola con la conservación de su identidad étnica y cultural.

4.3.20. Por otra parte, en la sentencia T-030 de 2000151, la Corte tuteló el derecho de dos niños gemelos de la comunidad indígena de los U'WA. Los hechos que dieron origen a la acción de tutela se presentaron cuando los niños U'WA, quienes habían sido entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por sus padres ya que no podían llevarlos a la comunidad debido a que en esta repudian los nacimientos múltiples por considerar que "contaminan" su comunidad, iban a ser dados en adopción. En este caso la Corte negó la petición para proceder a la adopción, y ordenó constituir un grupo interdisciplinario para que bajo la coordinación de la Dirección Seccional del ICBF, Agencia Arauca, señalara el momento oportuno del traslado de los menores, recomendará los tratamientos a seguir, e ilustrara a la familia y a la comunidad U´WA sobre los cuidados de los menores, una vez éstos retornasen a su comunidad. Del mismo modo se dispuso el seguimiento del proceso, rindiendo informes periódicos a la Sala de Decisión Civil – Familia del Tribunal Superior de Cúcuta.

4.3.21. También se tiene que resaltar la ya citada Sentencia T-1127 de 2001en donde la Corte conoció el caso del joven Albeiro Castro Pardo, indígena Páez sometido a reclusión reservada por parte de los miembros del Cabildo de Talága a pesar de ser miembro de otro Cabildo, por el robo de unas gallinas. En dicha sentencia se estableció el derecho de la madre a entrevistarse y visitar periódicamente al menor teniendo en cuenta sus relaciones de afecto y la protección del núcleo familiar.

4.3.22. Por último, en la Sentencia T – 617 de 2010152 la Corte Constitucional reconoció la atribución constitucional de la que son titulares las comunidades indígenas a la hora de

conocer los casos que involucren posibles vulneraciones a los derechos de los niños aborígenes153. En esta providencia la Corte ordenó que el caso objeto de estudio fuera conocido por la jurisdicción indígena, no obstante se trataba de un posible delito de acceso carnal en una menor de catorce (14) años. La Corte dispuso en dicha ocasión que, “En casos que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar el alcance de los derechos de los niños indígenas, la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva ‘occidental’, la situación del menor indígena. Lo que debe tener presente el juez es el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia”154.

4.3.23. En conclusión sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas están en el seno de la comunidad a la que pertenecen y deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. En este ámbito se debe observar el principio proinfans que consiste en la prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás. Sin embargo, cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viola los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena, se puede tutelar por parte de la jurisdicción nacional los derechos de los niños indígenas, ya que estos conservan sus derechos individuales que no pueden ser negados por la colectividad. Por otro lado se destaca que la reglamentación que se ha dado en Colombia, refleja las recomendaciones y observaciones de los pactos y tratados internacionales sobre la materia que se basa en el consenso intercultural y la solución de las tensiones a partir de instancias de diálogo, comunicación y concertación. De esta manera se constata la irrupción de una normatividad reglamentaria de carácter “mixto” o “sincrética” ya que se conjugan para la solución de los casos relacionados con niños indígenas, instancias gubernamentales y autoridades indígenas, proveyendo igualmente la participación a los

menores de edad en las decisiones que les afectan.

5. Solución del Caso Concreto

Una vez resueltos los aspectos teóricos del caso, pasa la Sala a resolver el caso concreto. En un primer lugar la Sala analizará si se cumple con el presupuesto de la subsidiariedad y si se configura un perjuicio irremediable y posteriormente resolverá el problema jurídico consistente en verificar si se vulneraron los derechos de Yelitza Paola Quimbayo Díaz y de su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo con el Acta de Conciliación de dos (2) mayo de dos mil diez (2010). Del mismo modo se establecerá si el posible incumplimiento de lo pactado en la conciliación vulnera los derechos fundamentales de la tutelante y de su hija, y si la eventual renuncia de la madre a su condición de indígena puede ser relevante en la solución del caso concreto.

5.1. El presupuesto de la subsidiariedad y la utilización de la tutela como mecanismo transitorio en el caso concreto

5.1.1. En cuanto a la utilización de la tutela como mecanismo transitorio el artículo 86 de la Constitución Política señala que la acción de tutela es un mecanismo judicial preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales, en tanto vía judicial residual y subsidiaria155, que ofrece una protección inmediata156 y efectiva en ausencia de otros medios ordinarios de defensa judicial, o en presencia de estos, cuando se tramita como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable157a los derechos fundamentales.

5.1.2. Uno de los presupuestos generales de la acción de tutela consiste en la subsidiariedad de la acción que consiste en que el recurso solo procede cuando se hayan agotado los medios de defensa disponibles en la legislación para el efecto158. Esta exigencia pretende asegurar que la acción constitucional no sea considerada en sí misma una instancia más en el trámite jurisdiccional, ni un mecanismo de defensa que reemplace aquellos otros diseñados por el legislador.159 Menos aún, que resulte ser un camino excepcional para solucionar errores u omisiones de las partes o para corregir oportunidades vencidas160en los procesos jurisdiccionales ordinarios161.

5.1.3. En el caso concreto se utilizó la acción de tutela como mecanismo transitorio para

evitar un perjuicio irremediable. El juez de primera instancia no dio trámite a la acción de tutela por falta de subsidiariedad e indicó que existen “otros medios idóneos, eficaces y expeditos”, como por ejemplo el trámite dispuesto en el numeral 2º del artículo 119 del Código de la Infancia y la adolescencia, en donde se establece que el Juez de Familia es el competente en única instancia “a la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el Comisario de Familia, en los casos previstos”.

5.1.4. Del mismo modo, dijo que de acuerdo a los numerales 1º y 13 del artículo 82 del Código de la Infancia se pueden adelantar por parte el Juez de Familia de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. En este mismo sentido explicó que, “…se puede afirmar sin perplejidad alguna, que el plazo del trámite como de las medidas de urgencia con que cuenta el juez de familia en estos casos, es más célere que el de la misma acción de tutela, pues no debe olvidarse que estos procesos de familia son de única instancia e indefectiblemente deben resolverse en dos meses, mientras que el amparo definitivo a través de la acción de tutela puede tardar hasta cinco meses”.

5.1.5 Por otro lado la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio confirmó la decisión del juez a quo y estableció que se niega por improcedente la acción de tutela impetrada pues considera que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la reclamación de sus derechos, “…sin que aparezca circunstancias que habiliten esta acción constitucional como mecanismo transitorio”.

5.1.6. No obstante lo anterior, estima la Sala que es competente para resolver el caso concreto porque no es suficientemente claro que la impugnación ante la instancia administrativa o ante el juez de familia pueda llegar a resolver la violación de los derechos fundamentales alegados por la tutelante y su hija a tener una familia y no se separada de ésta (art. 44), al libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y al acceso a la administración de justicia (art. 229).

5.1.7. En efecto, aunque en el presente caso pueden existir las acciones administrativas y judiciales ordinarias, dichas acciones no son idóneas para resolver los aspectos sustanciales del caso relacionados con la posible violación de los derechos fundamentales de la tutelante

y los de su hija. Además por tratarse de un caso en donde se conjugan elementos propios de la jurisdicción indígena con otros de la legislación ordinaria que tienen que ver no solo con la competencia, sino con la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena estima la Sala que es competente para resolver el caso.

5.1.8. Por otra parte considera la Sala que el perjuicio irremediable se presentaría en este caso porque con lo resuelto en el acuerdo de conciliación del dos (2) de mayo de dos mil diez (2010) no solamente dio lugar a que ella no pudiera ver a su hija sino por siete (7) días al mes, sino que no se tuvo en cuenta que esta situación se agrava cuando la menor se encuentre en el resguardo de la comunidad de Yurí, ya que esta tendría que pagar con los gastos del transporte, circunstancia que se hace demasiado onerosa e imposible de cumplir debido a las condiciones económicas de la tutelante162. Igualmente estima la Sala que en este caso se hace viable la acción de tutela porque se evidencia que se presenta un perjuicio irremediable por el supuesto incumplimiento por parte del padre y de los abuelos del régimen de visitas acordado en la conciliación, hecho que da lugar a que la niña pierda el vínculo de afecto y amor con la madre.

5.1.9. Finalmente, por tratarse de un caso en donde como quedo dicho se discute si la jurisdicción indígena es la competente para resolverlo y en donde se establecen problemas jurídicos relacionados con la posibilidad de renuncia de la condición de indígena así como los derechos fundamentales y el interés superior del niño, niña y adolescente indígena, estima la Sala que la Corte Constitucional es competente para sentar precedente sobre el particular.

5.2. Aspectos sustanciales

5.2.1. Como se analizó en el punto 4.1. de esta providencia, de acuerdo con la Constitución, los pactos y convenios firmados y ratificados por Colombia y algunas normas legales, las comunidades indígenas y sus miembros cuentan con especiales derechos, que se relacionan con su identidad étnica y cultural. En esta serie de derechos también se establece en la Constitución de 1991 la jurisdicción y el fuero especial indígena, que ha dado lugar a que dentro de la jurisprudencia constitucional se creen una serie de principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con conflictos y tensiones entre la normatividad ordinaria o “nacional” y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas. En la solución de los conflictos y las tensiones se utilizan los principios de “la

igualdad en la diferencia” y la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones”.

No obstante lo anterior, se explicó también que la normatividad sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural no presupone una escisión definitiva de las comunidades indígenas reconocidas en su especificidad con el contexto nacional, ya que si bien es cierto los Pueblos Indígenas son autónomos y tienen derecho a autogobernarse, estos derechos deben coordinarse, armonizarse y conciliarse con el principio de unidad nacional, debido a que las comunidades indígenas no constituyen una entidad pública por fuera de la organización del Estado. Por esta razón, como se estableció en el punto 4.2. de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional ha determinado una serie de limitaciones a la jurisdicción indígena relacionadas con elementos esenciales que forman parte de un “consenso intercultural” y que se refieren a principios contenidos en el iuscogens. Estos supuestos limitan la potestad sancionadora de las autoridades indígenas y se refieren a castigos que vulneren el derecho a la vida o la integridad personal de una manera desproporcionada o a penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. También ha establecido la jurisprudencia que se proscribe la esclavitud y la servidumbre, así como la violación del principio de legalidad.

Por otra parte se explicó163, que existen una serie de criterios para determinar el fuero y la jurisdicción especial indígena. Estos criterios son el objetivo que se refiere a que en principio las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia (de carácter civil, penal, laboral etc.) exceptuando los casos de delitos que “desbordan la órbita cultural indígena” que por su nocividad social deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión, el narcotráfico, el contrabando, el lavado de activos, el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad. Igualmente se explicó que se debe tener en cuenta el criterio territorial que se refiere no solamente al espacio geográfico que ocupa la comunidad, sino que también se hace extensivo a aquellos ámbitos en donde tradicionalmente los indígenas desarrollan sus actividades sociales, económicas o culturales. En tercer término, se debe tener en cuenta por parte del juez el criterio personal que se refiere a que las partes involucradas deben tener la calidad de indígena, que se determina muchas veces a través de elementos como el censo de la comunidad o un carnet de pertenencia a ésta, pero en donde influye el criterio subjetivo que se refiere a la conciencia étnica del sujeto y su relación de pertenencia o grado de

integración con la comunidad. Por último, se debe valorar el criterio institucional que hace referencia a que la comunidad debe tener un cierto grado de previsibilidad respecto a las normas sancionatorias o de resolución de conflictos, el procedimiento y las autoridades competentes para resolver el caso. Con relación a estos criterios se explicó que el juez muchas veces utiliza las técnicas de ponderación para resolver el conflicto entre jurisdicciones ordinaria e indígena.

5.2.2. Por otra parte se dijo que en principio el fuero y la jurisdicción especial indígena no es renunciable aún en casos relacionados con menores de edad, en donde se conserva el criterio objetivo de solución de todos los conflictos en el seno de la comunidad. Sin embargo, cuando se trata de un miembro de la comunidad que decide renunciar a su condición de indígena para que no se le aplique dicha jurisdicción en un caso concreto, la Corte ha establecido tangencialmente la posibilidad de esta renuncia. En estos casos, sin embargo, el juez constitucional deberá establecer que dicha renuncia se haga de manera definitiva (i), que sea en desarrollo del principio de autonomía (ii) y que no sea utilizada como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria, sino como una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que se pertenece (iii). Una renuncia que no se realice bajo dichos supuestos limitaría los principios de identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, ya que relativizaría la jurisdicción y la potestad de las autoridades indígenas de juzgar todos los casos dentro de la comunidad. Por esta razón el juez constitucional tiene que ser cuidadoso en la valoración de las renuncias y debe realizar un juicio estricto que valore y sopese los tres supuestos antes mencionados.

No obstante lo anterior, se explicó que cuando la jurisdicción indígena o la misma comunidad viole los contenidos esenciales que forman parte de las restricciones de la jurisdicción indígena como las prohibiciones absolutas relacionadas con la vulneración del derecho a la vida, la tortura, penas de destierro, esclavitud o servidumbre, o penas y castigos desproporcionados que vulneren la integridad personal de los niños, niñas y adolescentes, la autoridad nacional puede intervenir para proteger los derechos fundamentales del menor165. Finalmente también se dijo que en todos los casos que resuelvan conflictos que tengan que ver con niños, niñas y adolescentes indígenas se debe observar el principio de legalidad que se relaciona directamente con el criterio institucional de una previsibilidad genérica de las normas, sanciones, procedimientos y autoridades que resolverán los

conflictos e imponen los castigos.

5.2.4. En el caso concreto se discute por parte de la tutelante el acuerdo de conciliación firmado por ella en la Defensoría de Familia del ICBF, Regional Guainía, el dos (2) de mayo de dos mil diez (2010) sobre la custodia de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo. En dicho acuerdo se estableció que la custodia de la niña estaría en cabeza del padre y los abuelos paternos quienes tendrían la custodia de la menor veintitrés (23) días al mes, mientras que la madre tendría la custodia de la niña durante los siete (7) días restantes. Igualmente en dicho acuerdo se estipuló que la madre tendría que pagar los gastos de transporte cuando los abuelos permanecieran en la Comunidad de Yurí. La tutelante considera que dicho acuerdo viola sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44 de la C.P), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 16 de la C.P) y el acceso a la administración de justicia (art. 229).

5.2.5. Los argumentos dados por la actora para impugnar el acuerdo de conciliación son los siguientes: en primer lugar (i) indica que no fue autónoma para firmar el acuerdo de conciliación ya que se le presionó por parte del Capitán de la comunidad, quien según la tutelante le dijo en lengua puinave que firmara, “o que sino ella no podría ver a la niña”. En segundo lugar (ii) aduce que con la conciliación se le está imponiendo una carga económica que no tiene como pagar ya que ella vive en Puerto Inírida, Guaviare y que por vivir los abuelos en la Comunidad de Yurí, tendría que pagar cada mes una suma de ciento ochenta mil pesos ($180.000) por alquiler de bongo, gasolina y transporte, gastos que no tiene capacidad de sufragar. En tercer término (iii) considera que se le está violando su derecho al libre desarrollo de la personalidad ya que se le está aplicando una norma de un lugar al que ella no pertenece y respecto del cual desconoce sus usos y costumbres. Por último (iv) indica que su derecho de visitas no ha podido ser cumplido mientras su hija ha permanecido en la Comunidad de Paujil, en donde residen actualmente el padre y los abuelos de la menor, y señala que desde hace más de nueve (9) meses no ha podido ver a la niña.

5.2.6. Por su parte el padrede la niña– Arístides Parada Rodríguez – y los abuelos de la menor – Jaime Parada Mirabal y Cecilia Rodríguez – explican que la tutelante estuvo de acuerdo con la conciliación firmada el dos (2) de mayo de dos mil diez (2010), que ella no ha querido ejercer su derecho de visitas y que por el “abandono” de la madre la abuela ha suplido dicho lugar. Del mismo modo explican que ellos han pagado los gastos de manutención de la niña y

la han criado durante la mayor parte de su niñez.

5.2.7. De otra parte la Defensora de Familia Ada Luz Fontalvo explicó que decidió realizar la conciliación en la sede del ICBF con base en la Resolución 2785 de 2009 en donde se regula el tema del restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas. Explicó que al presentarse la madre de etnia puinave a su despacho para denunciar que el padre de la niña y los abuelos le habían raptado a la niña, estimó que lo más conveniente era llamar al Capitán de la Comunidad, al padre y a los abuelos de la madre, así como a un traductor, para que se conciliara la custodia de la menor en dicha entidad. Igualmente afirmó que la accionante se mostró conforme con las decisiones tomadas y por esta razón firmó la declaración166.

5.2.8. El Capitán de la comunidad de Yurí, para el momento en que se realizó la conciliación Eduar Estivenzon Medina Parada, afirmó que la madre no acudió en un primer momento a las autoridades indígenas – ancianos, Cabildo y Capitán – para resolver la custodia de la menor, sino que decidió llevar el caso directamente a la jurisdicción ordinaria. Indicó que él estuvo presente en la conciliación, pero que no tomó la decisión sobre la custodia, sino que el régimen de visitas fue acordado autónomamente por las partes. Del mismo modo señaló que la madre no ha perdido los derechos sobre la custodia de su hija ya que, "…por el solo hecho de tenerla en la barriga tenía todos los derechos sobre la niña de verla y de tenerla"167.

5.2.9. Por otra parte la antropóloga Esther Sánchez explicó que la respuesta de la madre de que ella no ha acudido a la autoridad indígena para resolver el caso, "porque ellos le van a decir que no", pone de manifiesto que esta conoce quién ejerce autoridad dentro de la comunidad, pero se abstiene de solucionar sus conflictos en dicha jurisdicción. Igualmente explicó que la autoridad indígena dentro de los Puinaves no solamente es el Capitán, que tiene autoridad anual, sino también el núcleo familiar clánico, es decir los ancianos o mayores del pueblo, que en muchos de los casos fueron capitanes anteriormente y que solucionan los conflictos a petición de parte o por iniciativa propia. Del mismo modo explicó que cuando se trata de conflictos de menores de edad la autoridad indígena puinave interviene para proteger el derecho del menor – por ejemplo en caso de quedar huérfano – teniendo en cuenta que se deben conciliar los derechos individuales del niño, niña o adolescente indígena con sus derechos a la identidad cultural y étnica. Finalmente expresó que, "El hecho que la madre viva en la capital y el padre en la comunidad y que ella acuda a

la jurisdicción ordinaria es una situación que amerita actuar interrelacionadamente".

5.2.10. En cuanto al criterio territorial, personal y subjetivo de la madre, se debe resaltar que en las declaraciones afirmó que a pesar de que ella nació en la comunidad indígena de Yuri, etnia Puinave, y hace parte del censo de dicha colectividad168, ella no habita desde hace más de cinco (5) años allí, ya que "vive, estudia y trabaja en Puerto Inírida", Guainía. Del mismo modo indicó que desde hace muchos años "no recibe ningún privilegio de la Comunidad de Yurí" y argumentó en la tutela que, "no pueden obligarme a hacer algo que no quiera, ni muchos menos aplicarme una ley o una norma de un lugar al cual yo no pertenezco, dado que estarían violándome el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Artículo 16 de la Constitución Política Actual) y el Acceso a la Justicia (Artículo 29 de la Constitución Política Actual)".

No obstante lo anterior se constata que en la declaración de veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011), a la pregunta de si se consideraba parte de la Comunidad Yuri, etnia Puinave, respondió que "sí me consideró parte de la comunidad, yo nací allá, yo soy mestiza, yo soy de la comunidad de Yurí (…) Hoy me considero parte de la Comunidad porque tengo familia allá". Así mismo declaró que su padre era blanco y su madre era indígena. Esta misma afirmación la hizo Óscar Javier Vargas Bernal, actual Capitán de la Comunidad de Yurí, quien indicó que la madre de la niña era "cabuca" "porque tiene sangre de un blanco y sangre de una indígena".

Por último la antropóloga Esther Sánchez dijo respecto al criterio personal y subjetivo de la madre que, "El que ella plantee que se basta a sí misma, y con vehemencia exprese que no recibe ningún privilegio de la comunidad de Yurí, desde hace mucho tiempo significa que se la /desconoce/ o porque ella repudia su sociedad o porque la sociedad la repudia a ella. Juega como indígena de su comunidad (no siempre) pero cuando lo hace no acata sus normas y actúa como blanca (libre y racional) desvinculándose de la misma comunidad que es sujeto de derechos y deberes…"169.

5.2.11. Con relación a los criterios territorial, personal y subjetivo de la niña, la madre afirmó que el embarazo y el parto se desarrolló en Puerto Inírida, Guainía, donde fue atendida por un médico "blanco". La niña nació el trece (13) de agosto de dos mil ocho (2008) y fue registrada en Inírida. También indicó que la niña vivió con su madre hasta la edad de seis (6)

meses cuando fue “raptada” por su padre y llevada a la Comunidad de Yurí. Por otra parte, en la declaración de cinco (5) de septiembre de dos mil once (2011) la madre afirmó que la menor vivió tres meses en Inírida con ella y después cinco (5) meses en Yurí hasta los ocho (8) meses. De igual modo indicó que en enero de 2009 al ir a realizar una diligencia a Puerto Inírida, dejó la niña con los abuelos en la Comunidad de Hurí y al volver a los dos días, los abuelos no se la quisieron devolver. En esta primera ocasión la madre dijo que acudió al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a reclamar a su hija. Esta afirmación la corroboró el Defensor de Familia Camilo Cantillo, quien afirmó que la Señora Quimbayo acudió a la ICBF para denunciar el caso del “rapto de su hija”. El Defensor de Familia manifestó que en esta primera ocasión en acuerdo con el Capitán de la comunidad decidieron que lo mejor era que la niña la devolvieran a la madre porque esta tenía solo dos (2) meses y estaba tomando leche materna.

Con posterioridad a este hecho dice la madre que la niña vivió un (1) mes con ella en Puerto Inírida, pero que en una reconciliación que tuvieron con el padre de la menor, él se la llevó a la comunidad de Yurí sin que ella lo supiera, y mientras estaba trabajando de empleada doméstica con una familia170. La señora Quimbayo dijo que acudió nuevamente al ICBF, y después de un tiempo, ordenaron traer al Capitán y a los abuelos de la niña y “el Capitán decidió darle la custodia a los abuelos”.

Así mismo explicó que una vez que se dio el acuerdo de conciliación de dos (2) de mayo de dos mil diez (2010), durante tres meses se cumplió con lo pactado, es decir que pudo ver a la niña cuando ella estaba en la Comunidad de Paujil cerca de Puerto Inírida, pero después no se la dejaron ver, ya que le decían en la Comunidad que el padre y los abuelos estaban viajando a Puerto Escondido o a Caranacoa. Afirmó que por esta razón no ha podido volver a ver a la niña desde diciembre de 2010.

Por su parte el padre de la niña y los abuelos paternos manifestaron en las distintas declaraciones que desde que la “madre abandonó a la niña” – en febrero de 2009 es la abuela paterna la que la cuida proporcionándole todo lo necesario para su desarrollo y crecimiento. Igualmente explicaron que la niña y la abuela se han encariñado mutuamente y que aquella reconoce a esta como la mamá171.

Finalmente hay que indicar que según las valoraciones nutricionales y médicas dadas por el

Grupo de Asistencia Técnica de la regional Guainía del ICBF, la niña se encontraba bien de salud. Sin embargo, la madre manifestó en la declaración del veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) que estaba preocupada por la salud de su hija, ya que ella fue diagnosticada con hepatitis y teme que su hija también tenga esta enfermedad. Por último hay que indicar que según el material probatorio la niña hace parte del censo de la Comunidad de Paujil ante el traslado de los abuelos y del padre de la Comunidad de Yurí.

5.2.12. En conclusión sobre los criterios territorial, personal y subjetivo de la madre y la niña, constata la Sala lo siguiente: En cuanto al criterio territorial de la madre se probó que aunque la señora Yelitza Paola Quimbayo no vive en la comunidad de Yurí, sí hace parte del censo y nació allí, por ende se puede considerar como miembro de dicha etnia desde un concepto de territorio extenso. Por otra parte desde el punto de vista personal se constata que la señora Quimbayo es mestiza – hija de blanco e indígena – o "cabuca". Sin embargo, desde el punto de vista subjetivo se evidenció que la señora Quimbayo relativiza en reiteradas ocasiones su grado de pertenencia a la comunidad de Yurí, al menos para solucionar el conflicto relacionado con la custodia de su hija. No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que en la declaración del veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) indicó la tutelante que sí se consideraba como indígena, y manifestó ser parte de la comunidad de Yurí. Sobre estos hechos comprueba la Sala que la señora Quimbayo utiliza algunas veces su condición de indígena y otras no, dando lugar a que su grado de pertenencia se relativice y se ponga en entredicho. De otro lado en cuanto a los criterios territorial, personal y subjetivo de la niña, evidencia la Sala, que a pesar de que no nació en el territorio de la comunidad, que fue atendida por un médico blanco en Inírida, y que vivió durante sus primeros meses de vida fuera del resguardo de la comunidad, durante gran parte de su vida ha vivido en territorio de la comunidad indígena Puinave, bien sea en la Comunidad de Yurí o en la Comunidad de Paujil, la cual hace parte del censo. Por otra parte, se constata que al tener tan solo tres años de vida, la niña todavía no ha formado un criterio para decidir su grado de pertenencia y su deseo de ser parte de la comunidad.

5.2.13. Por otro lado en cuanto al tema de la renuncia a la condición de indígena de parte de la madre, no se vislumbra claramente en las pruebas del expediente que la señora Quimbayo, quiera desistir plenamente a su condición de indígena. En efecto, si bien es cierto en un primer momento la señora Quimbayo dijo que no se consideraba parte de la comunidad, en la declaración del veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011),

como ya se ha dicho, manifestó que sí se consideraba como indígena, ya que había nacido en Yurí y hacía parte del censo172. Por esta razón, estima la Sala que no hay una evidencia manifiesta de que la actora desea dejar de ser parte de su condición de indígena de manera definitiva, en ejercicio de su derecho al libre desarrollo de la personalidad y el principio de autonomía.

No obstante lo anterior, desde que se presentó el primer conflicto en materia de custodia de la niña en enero de 2009, la señora Quimbayo decidió acudir al ICBF para solucionar la controversia sobre la custodia de su hija ante el "rapto" de la niña por parte del padre y de la familia de éste. Igualmente se evidenció que la madre decidió nuevamente acudir ante el ICBF para denunciar que se la habían quitado por vías de hecho y someterse por tanto al proceso de conciliación del dos (2) de mayo de dos mil diez (2010). Del mismo modo se comprobó que una vez realizada la conciliación la señora Quimbayo acudió a instancias como la Defensoría del Pueblo para hacer valer su derecho de visitas acordado en la conciliación.

Estima la Sala que la explicación de este comportamiento se configura como una renuncia implícita no a la condición de indígena, la cual manifiesta tener, sino a la jurisdicción y al fuero indígena. Esta renuncia implícita al fuero y a la jurisdicción indígena de parte de la señora Quimbayo no puede ser comprendida desde una sola perspectiva por parte de la Sala, y se pueden dar explicaciones de índole personal173, económico174o de temor a la imparcialidad de los fallos que emite esta jurisdicción175.Sin embargo, considera la Sala que teniendo en cuenta el principio de "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones", así como el criterio objetivo relacionado con que todos los casos que se presenten en la comunidad y entre sus miembros deben ser solucionados por la jurisdicción indígena, se concluye que la renuncia implícita a la jurisdicción y al fuero indígena de parte de uno de los miembros de la comunidades no es inescindible a la renuncia a la calidad de indígena y por ende si se evidencia, como en el caso en estudio, que el miembro de una comunidad indígena no ha renunciado plenamente a su condición indígena, tampoco se puede dejar de aplicar la jurisdicción indígena y su fuero especial.

5.2.14. Por otra parte y en cuanto a la validez de la conciliación realizada ante el ICBF el dos (2) de mayo de dos mil diez (2010), que la señora Quimbayo cuestiona en su acción de tutela por la violación de sus derechos a tener una familia y no ser separado de ella (art. 44), al

libre desarrollo de la personalidad (art. 16) y al acceso a la justicia (art. 229),la Sala constata lo siguiente: en primer lugar que teniendo en cuenta el principio de "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones" y el criterio objetivo que consiste en que todo conflicto entre miembros de una comunidad indígena debe ser solucionado por parte de su jurisdicción especial, se evidencia que la tutelante no acudió en una primera instancia a la autoridad indígena – Capitán, ancianos y Cabildo – para solucionar la controversia referida a la custodia de la niña. Sin embargo, y en segundo lugar, observa la Sala, que las autoridades indígenas en dos ocasiones dieron la aprobación tácita de que dicho caso se solucionara a través de los mecanismos inclusivos o mixtos dispuestos en las reglamentaciones del ICBF para el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas.

Sin embargo, sobre el procedimiento aplicado por la Defensora de Familia en dicho trámite, observa la Sala que se incurrieron en una serie de irregularidades y omisiones ya que no se siguió de manera adecuada lo establecido en la Resolución 2785 de 2009, es decir que (i) no se ofició a la Dirección de Asuntos Indígenas y Minorías Rom del Ministerio del Interior y de Justicia, para que certificara si la comunidad a la que pertenece el niño, niña o adolescente se encontraba legalmente reconocida de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto – ley 200 de 2003, para que diera respuesta en un término máximo de tres (3) días contados a partir del recibo de la solicitud; (ii) tampoco se evidenció que se notificara adecuadamente a la autoridad tradicional de la comunidad indígena y a un representante de la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia de la apertura del proceso; (iii) tampoco se dio oportunidad a que la Autoridad Indígena escogiera si decidía: a) asumir directamente la responsabilidad del restablecimiento de los derechos del niño, niña o adolescente; b) no asumir el restablecimiento de los derechos vulnerados y entregar dicha responsabilidad a la autoridad administrativa; c) asumir conjuntamente con la autoridad administrativa en quién radica la competencia, el restablecimiento de los derechos, a través del cumplimiento de las medidas. Tampoco se constata que la Defensora de Familia haya fijado una fecha y hora para la audiencia de pruebas, ni se advirtió (v) en el Acta de Conciliación las consecuencias y las acciones que se podrían utilizar por parte de las partes ante el incumplimiento de lo acordado en la conciliación.

5.2.15. Teniendo en cuenta lo anterior estima la Sala que los derechos fundamentales a tener una familia de Yelitza Paola Quimbayo y de su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo se

vulneraron con la conciliación de dos (2) de mayo de dos mil diez (2010), ya que esta se hizo de manera irregular, al no seguirse el procedimiento establecido en la Resolución 2785 de 2009. En este sentido y en atención al presupuesto del interés superior del niño, considera la Sala que se debe establecer nuevamente un proceso de conciliación en donde se verifique la participación idónea de las autoridades indígenas, quienes participarán en todo caso en la decisión sobre la custodia de la menor en atención a sus derechos individuales y colectivos relacionados con su identidad étnica y cultural. Del mismo modo se debe proveer de un acompañamiento adecuado de índole psicológico y social, así como de valoraciones médicas para establecer el estado de salud de la niña.

5.2.16. En conclusión en el caso concreto estima la Sala que se debe revocar las decisiones de instancia y tutelar a la demandante Yelitza Paola Quimbayo y a su hija Chirley Stefanía Parada Quimbayo por la violación de sus derechos fundamentales a tener una familia y no ser separada de ella (art. 44 de la C.P.), así como el derecho al acceso a la justicia (art. 229 de la C.P.), ya que se evidenció una serie de irregularidades y omisiones en el acta de conciliación de dos (2) de mayo de dos mil diez (2010). Estas irregularidades dieron lugar a que la madre no supiera a qué instancias acudir ante el incumplimiento de lo pactado y que hasta la fecha no se haya podido cumplir con el régimen de visitas dispuesto en el acuerdo y que por ende la madre no pudiera estar con su hija. Del mismo modo se constató que no se violó el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la madre, ya que no se comprobó que la tutelante haya renunciado de manera definitiva a su condición de indígena y por ende a que no se le aplicaran las normas de la jurisdicción especial. Por otro lado se evidenció que la conciliación del dos (2) de mayo de dos mil diez (2010), aunque fue producida en forma irregular, tenía como fundamento la Resolución 2785 de 2009 que reglamenta el procedimiento de restablecimiento de los niños, niñas y adolescentes indígenas, de manera que se integraran las normas y procedimientos de las autoridades indígenas si así lo autorizan éstas. Igualmente aunque no se surtió el proceso de consulta previsto en la Resolución 2785 de 2009 para verificar si la autoridad indígena asumía la responsabilidad directamente, entregaba la responsabilidad a la autoridad administrativa o asumía conjuntamente con la autoridad administrativa en quién radicaba la competencia, constata la Sala que las autoridades puinaves habían decidido autorizar de manera implícita a que el procedimiento de custodia de la niña Chirley Stefanía Parada se produjera con el acompañamiento del ICBF. Por este hecho no se constata que se haya producido una vulneración de la jurisdicción indígena, del criterio objetivo ni del principio de maximización

de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones en este caso. Sin embargo, encuentra la Sala que en atención al interés superior del niño y a los derechos de la madre y la niña a tener una familia y a no ser separadas de esta, se ordenará que se haga nuevamente una conciliación sobre la custodia de la menor en el término máximo de un (1) mes en donde se dará una participación adecuada a las autoridades indígenas. Por otra parte se ordenará que en el término máximo de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de esta providencia el ICBF tome una serie de medidas para determinar la situación familiar, el estado de salud y la situación psico-afectiva de la niña. Así mismo se ordenará que para fortalecer los lazos de afecto y amor entre la madre y la niña, y mientras se realice la nueva conciliación, ésta permanezca quince (15) días con la madre, previa su valoración psicológica. Por último se ordenará que cada tres (3) meses la partes rindan informe sobre el cumplimiento de lo acordado en la conciliación ante el Defensor de Familia del ICBF y la Personera Municipal de Puerto Inírida y que al año siguiente de tomada la decisión sobre la custodia de la menor se haga un informe al juez de primera instancia por un grupo de especialistas conformado por médicos, psicólogos, antropólogos, nutricionistas sobre la situación de salud y psico-afectiva de la niña.

En atención a lo anterior la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el curso del presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR las decisiones de tutela proferidas por el Juzgado Promiscuo de Inírida y por la Sala Civil de Familia del Tribunal Superior del Distrito de Villavicencio (Meta) y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales de la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo a tener una familia y no ser separada de ella, y a Yelitza Paola Quimbayo el derecho a tener una familia y al acceso a la justicia.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a (i) realizar una visita a la menor Chirley Stefanía Parada Quimbayo y conformar un equipo

interdisciplinario para determinar la situación familiar de la menor, su estado de salud y situación psico-afectiva; (ii) iniciar de oficio las actuaciones pertinentes para realizar una nueva conciliación que garantice el derecho de visita o de custodia de la madre en el término perentorio de un mes contado a partir de la notificación de esta providencia; (iii) que mientras se realice la nueva conciliación y para que se recuperen los lazos de amor y afecto entre la hija y la madre, la niña Chirley Stefanía Parada Quimbayo esté quince (15) días con su hija, previa la valoración sicológica de la madre y las valoraciones en torno al estado de salud de la niña; (iv) a adoptar las medidas preventivas que considere necesarias mientras se adelanta el trámite de fijación de custodia y regulación del régimen de visitas.

CUARTO. – Ordenar al ICBF que en la nueva conciliación se observe el trámite dispuesto para el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes indígenas y que en la conciliación se de adecuada participación a las autoridades indígenas de los resguardos de Yuri y de Paujil, quienes deben informar a las partes sobre sus derechos y obligaciones y los usos y costumbres de la etnia Puinave para resolver el caso.

QUINTO. – Que cada tres (3) meses las partes deberán rendir informe sobre el cumplimiento de lo acordado en la conciliación ante el Defensor de Familia del ICBF regional Guainía y la Personera Municipal de Puerto Inírida. Del mismo modo que al cabo de un (1) año de tomada la decisión sobre la custodia de la menor se haga un informe al juez de primera instancia por un grupo de especialistas, médicos, psicólogos, antropólogos, nutricionistas sobre la situación de salud y psico-afectiva de la niña.

Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-001/12

Referencia: Expediente T-2.801.782

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Mi aclaración de voto en este caso viene motivada por una circunstancia que, a mi modo de ver, resultaba digna de ser considerada y que la decisión mayoritaria, con la cual estoy completamente de acuerdo, no abordó, específicamente, en los términos en que fue propuesto.

En esta oportunidad, si bien se admite la concurrencia de los supuestos que la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido como aquellos que, permiten la procedencia de la acción de tutela, como bien lo decidió la Sala Tercera de Revisión, reitero, tal y como tuve la oportunidad de manifestarlo en la discusión previa, lo siguiente:

A mi juicio, la decisión adoptada podría resultar antinómica, pues no obstante que en la ponencia se reconoce la existencia de mecanismos judiciales que permiten resolver eficazmente el problema jurídico sometido a estudio, finalmente, la Sala optó; sin la adecuada fundamentación, por la procedencia de la acción.

En efecto, al plantearse la solución del caso concreto, se hace un análisis de la subsidiaridad en el que se determina la procedibilidad de la tutela, pero como mecanismo transitorio, y no se plasma un estudio de fondo que explique suficientemente tal conclusión.

Al respecto, se observa que en la ponencia se descartaron las afirmaciones de los jueces de las instancias procesales, en las que se declaró la improcedencia de la acción tras considerar que para ello existe una vía más expedita en la jurisdicción de familia, que el mismo mecanismo de amparo y, en su lugar, se concluyó, sin mayor explicación del aserto, que dichas acciones no son idóneas para resolver los asuntos sustanciales del caso.

En relación a este punto, en una parte de la sentencia se expresó, respecto a las afirmaciones de las instancias, lo siguiente:

"(…) En el caso concreto se utilizó la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El juez de primera instancia no dio trámite a la acción de tutela por falta de subsidiaridad e indicó que existen 'otros medios idóneos, eficaces y expeditos', como por ejemplo el trámite dispuesto en el numeral 2° del artículo 119 del Código de Infancia y la Adolescencia, en donde se establece que el Juez de Familia es el competente en única instancia 'a la revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el Comisario de Familia, en los caso previsto' ".

Del mismo modo, dijo que de acuerdo a los numerales 1o y 13 del artículo 82 del Código de la Infancia se pueden adelantar por parte del Juez de Familia de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derecho de los niños, las niñas, los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. En este mismo sentido explicó que, '…se puede afirmar sin perplejidad alguna, que el plazo del trámite como de las medidas de urgencia con que cuenta el juez de familia en estos casos, es más célere que el de la misma acción de tutela, pues no debe olvidarse que estos procesos de familia son de única instancia e indefectiblemente deben resolverse en dos meses, mientras que el amparo definitivo a través de la acción de tutela puede tardar hasta cinco meses'".

Fue así como, la Sala Tercera de Revisión decidió que la Corte es competente para resolver el caso concreto, pues consideró que "no es suficientemente claro" que la impugnación ante la instancia administrativa o ante el juez de familia pueda llegar a resolver la violación de los derechos fundamentales alegados por la tutelante, así como los derechos de la menor a tener una familia y a no ser separada de ella, lo cual estimo equivocado, porque, por el contrario, a mi criterio, esas instancias si estarían en capacidad de resolver la problemática

planteada.

Es de reiterar que en la sentencia se determinó la competencia de esta Corporación bajo el argumento de que se trata de un asunto de jurisdicción indígena176, ante lo cual considero que si bien tal enfoque resulta valedero para determinar la competencia de esta Corporación, discrepo de la forma como se sustentó, toda vez que en la propia ponencia se puso de presente que, el ordenamiento y las instancias ordinarias propuestas han previsto respuestas especiales para este tipo de situaciones por lo que, tal y como lo expresé, en la sentencia se debieron depurar las razones por las cuales se determinó la competencia de la Corte, sobre cualquier otra instancia judicial, para conocer del asunto.

En mi criterio, la ponencia acertó en señalar que la razón de la intervención de la Corte está en la existencia de un conflicto intercultural que, además, no fue debidamente abordado por la autoridad administrativa y frente a lo cual, sin duda alguna, esta Corporación es la llamada a intervenir, sin embargo, insisto en que, frente a estas problemáticas, es preciso avanzar en la fijación jurisprudencial de las reglas constitucionales que le resulten aplicable a luz de las particularidades del caso concreto.

En síntesis, en la sentencia de la referencia se hace un enunciado introductorio sobre la procedibilidad de la acción de tutela pero no se profundiza en su fundamentación, pues simplemente se menciona que por tratarse de un asunto de jurisdicción indígena y de una problemática intercultural es competente la Corte Constitucional, sin que para ello se hubieren precisado las pautas o las reglas jurisprudenciales, que en torno al tema deberán ser observadas.

Así pues, considero que, si bien es correcta la decisión adoptada, el contenido plasmado en el estudio de procedibilidad, a mi parecer, como fue expuesto en las líneas anteriores, no es suficiente para justificar el tema de la procedencia de la tutela, toda vez que considero que en estos eventos deben acreditarse o explicarse debidamente los factores específicos en torno a dicha valoración, máxime si de la ponencia misma se desprende la existencia de mecanismos ordinarios, idóneos y eficaces para la solución del conflicto.

Fecha ut supra,

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

1 En la tutela se pone como nombre de la niña Sirley Estefanía Parada pero en el Registro de nacimiento figura como ChirleyStefania Parada Quimbayo.

2 Ver nota anterior.

4 Folio. 3 del expediente.

5 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

6 Folio 3.

7 Ibíd.

8 Artículo 44 de la C.P.

9 Artículo 16 de la C.P.

10 Artículo 229 de la C.P.

11 Folio 20 expediente.

12El artículo 246 de la C.P. establece que "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

13El artículo 13 de la Ley 1098 de 2006 dice lo siguiente: "ARTÍCULO 13. DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DEMÁS GRUPOS ÉTNICOS. Los niños, las niñas y los adolescentes de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos, gozarán de los derechos consagrados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y el presente Código, sin perjuicio de los principios que rigen sus culturas y organización social".

14 Folio. 25 cdno, expediente.

15 Folio. 6. cdno, expediente.

16 Dice en la Declaración lo siguiente: “PREGUNTADO: ¿Sírvase por favor manifestar al despacho si conoce los motivos por los cuales está rindiendo declaración? CONTESTÓ: Sí, por la custodia de la menor SIRLEY ESTEFANIA PARADA. PREGUNTADO: ¿Por qué acudieron a las instalaciones de Bienestar Familiar a solucionar lo referente a la custodia de la menor SIRLEY ESTEFANÍA PARADA y no lo solucionaron los padres de ella directamente en la comunidad? CONTESTÓ: Lo que paso es que la mamá de la niña coloco (sic) una demanda en Bienestar Familiar y por eso me llamaron porque la niña, la mamá y la demás familia está incluida en el censo de la comunidad de Yurí y para ver quien (sic) le va a quedar la niña, si la madre perdió los derechos, y de hay (sic) yo me manifesté delante de ellos y yo le dije que la pequeña desde que se vino la señora YELITZA PAOLA de la comunidad se quedó en manos de la abuela, y ella le dijo que ella venía a trabajar y de hay (sic) en esa parte no tengo en cuenta mas (sic) adelante que (sic) paso (sic) que la mamá no regreso (sic). Después ellos mismos con la abuela la madre biológica y el papá de la menor se pusieron de acuerdo en como (sic) van a cuidar la niña, entonces la mama (sic) dijo y necesito tener a mi hija siete (7) días que esté conmigo y el abuelo dijo que va a estar veintitrés (23) días con el abuelo y la abuela mientras tanto que estén aquí cuando se radiquen nuevamente en la comunidad de Yurí, tienen que ir al ICBF, para que se pongan de acuerdo en como (sic) la van a tener y los gastos para ir a traer la menor el abuelo o la mamá”. (Folio p. 22).

17Folio 21 cdno Corte.

18Folio 24 cdno Corte.

19Ibíd.

20Folio 25 cdno. Corte.

21Folio. 28 cdno. Corte.

22Folio. 42 cdno. Corte.

23 Folio. 52 cdno. Corte.

24 Folio. 15 cdno expediente.

25 Folio. 15-16 cdno. Corte.

26 Folio. 16 cdno. Corte.

27 Folio. 15-16 cdno. Corte.

28 Folio. 18 cdno expediente.

29 Folio. 18 cdno expediente.

30 Folio. 18 cdno expediente.

31Folio. 17-18cdno expediente.

32 Subrayado fuera del texto.

33Folio. 56-58 cdno. Corte.

34Folio. 59 cdno. Corte.

35Folio. 60 cdno. Corte.

36Folio. 61 cdno. Corte.

37Folio. 62-63cdno. Corte.

38Folio. 66cdno. Corte

39Folio 10 del cuaderno anexo.

40 Como se estudiará más adelante Puerto Escondido queda en el Vichada.

41Misma anotación del pie de página número 40.

42 Recibido por esta Corporación el día 15 (quince) de diciembre de dos mil once (2011).

43 Folio 133.cdno Corte.

44 PEÑA, Jairo I. Ob.cit., p.24. El concepto de juego de lenguaje es un sistema constituido por conjuntos de actividades sujetas a reglas. Comentario de Esther Sánchez. Así, entender un juego de tejo supone entender una serie de reglas; entender un mecanismo determinado de protección a los niños supone también conocer una serie de reglas.

45 BOURDIEU, Pierre. “El oficio del sociólogo. Espacio social, espacio simbólico. Introducción a una lectura japonesa de la distinción”, Conferencia pronunciada en la Casa Franco-Japonesa, Tokio, 4 de octubre de 1989.

46Los viejos de la comunidad hablaron con ella para que no se fuera, pero ella no le dio importancia a los consejos de ellos. Folio 18. Cdno. Corte.

47SÁNCHEZ BOTERO, Esther, La aplicación práctica de la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural. Protección a niños, niñas y jóvenes indígenas. Tomo I de III. Biblioteca Básica. Programa “Construcción de Entendimiento Intercultural”. Min Salud. ICBF. QUEBECOR Bogotá. ISBN958-623-058-9

48 Folio 69 cdno Corte.

50 Folio 28 del Expediente.

51 “Artículo 119.Competencia del Juez de Familia en Única Instancia. Sin perjuicio de las competencias asignadas por otras leyes, corresponde al juez de familia, en única instancia:

1. La homologación de la resolución que declara la adoptabilidad de niños, niñas o adolescentes.

2. La revisión de las decisiones administrativas proferidas por el Defensor de Familia o el comisario de familia, en los casos previstos en esta ley.

3. De la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes.

4. Resolver sobre el restablecimiento de derechos cuando el defensor o el Comisario de Familia haya perdido competencia.

Parágrafo. Los asuntos regulados en este código deberían ser tramitados con prelación sobre los demás, excepto los de tutela y habeas corpus, y en todo caso el fallo deberá proferirse

dentro de los dos meses siguientes al recibo de la demanda, del informe o del expediente, según el caso. El incumplimiento de dicho término constituye causal de mala conducta” (Lo subrayado en el fallo, Folio 28 del Expediente).

52“Artículo 121.Iniciación del proceso y adopción de medidas urgentes. Los asuntos a que se refiere esta ley se iniciarán a instancia del Defensor de Familia, del representante legal del niño, niña o adolescente, o de la persona que lo tenga bajo su cuidado. El juez podrá iniciarlos también de oficio.

Al momento de iniciar el proceso el juez deberá adoptar las medidas de urgencia que la situación amerite para proteger los derechos del niño, niña o adolescente”.

53 Explica que de acuerdo con los numerales 1º y 13 del artículo 82 del Código de la Infancia se pueden adelantar por parte del Juez de Familia de oficio, las actuaciones necesarias para prevenir, proteger, garantizar y restablecer los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y las adolescentes cuando tenga información sobre su vulneración o amenaza. Añade que, “Incluso, puede afirmarse sin perplejidad alguna, que el plazo del trámite como de las medidas de urgencia con que cuenta el juez de familia en estos casos, es mucho más célere que el de la misma acción de tutela, pues no debe olvidarse que estos procesos de familia son de única instancia e indefectiblemente deben resolverse en dos meses, mientras que el amparo definitivo a través de la acción der tutela puede tardar hasta cinco meses” (Folios 28 y 29 del Expediente).

54 Folio 29 del expediente.

55 Folio 30 del expediente.

56 Folio 32 del expediente.

57 Ibíd. Una de las inconsistencias que alega la tutelante es que Defensora de Familia, en forma apresurada consigna que va a tratar la custodia de la menor YULITH PARADA. (Folio 32 del Expediente).

58Folio 121 del expediente.

59 Sobre este punto se dijo que “…no se entiende si la Defensora intervino en ese acuerdo o

si es que el capitán de la comunidad de Yurí refiere que eso fue lo convenido por los abuelos paternos y la madre de la niña Shirley Estefanía Parada, posteriormente deja la funcionaria constancia dentro de la misma diligencia que las partes actuaron bajo los parámetros que los 'rige su cultura', sin que los hubiese especificado. En resumen nada hizo la defensora en ejercicio de sus funciones luego en esas condiciones no se predicar alguna vía de hecho". (Ibíd, folio 12. Cdno No 2).

60M.P. Eduardo Cifuentes Múñoz.

61 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

62 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra en donde la Corte afirmó que, "Como manifestación de la diversidad de las comunidades, como expresión de la riqueza humana y social de los pueblos y como instrumentos para construir sociedades organizadas que aprenden a manejar sus relaciones adecuadamente, la cultura fue reconocida en la Constitución de 1991 como un pilar fundamental que requiere especial protección, fomento y divulgación del Estado. En efecto, es amplio el conjunto de normas constitucionales que protegen la diversidad cultural como valor esencial de nuestra Nación, de tal manera que dicho bloque normativo, que también se ha denominado por la doctrina como la Constitución Cultural, entiende la cultura como valor principio y derecho que deben impulsar las autoridades".

63 Cfr. Sentencia T-903 de 2009. Magistrado Ponente. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

64"ARTICULO 171. El Senado de la República estará integrado por cien miembros elegidos en circunscripción nacional. Habrá un número adicional de dos senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas. Los ciudadanos colombianos que se encuentren o residan en el exterior podrán sufragar en las elecciones para Senado de la República. La Circunscripción Especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas se regirá por el sistema de cuociente electoral. Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República, deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno".

65"ARTICULO 176. La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales,

circunscripciones especiales y una circunscripción internacional. Habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 365.000 habitantes o fracción mayor de 182.500 que tengan en exceso sobre los primeros 365.000. Para la elección de Representantes a la Cámara, cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial. La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas. Mediante esta circunscripción se podrán elegir hasta cuatro representantes…". (Negrillas fuera del texto).

66 En la ley estatutaria de la administración de justicia – Ley 270 de 1996 reformada por la ley 1285 de 2009, en su artículo 12 consagra como parte de las jurisdicciones que operan en Colombia a la jurisdicción especial indígena. Sin embargo hasta la fecha no se ha expedido una ley que de manera integral coordine la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.

67 En esta providencia se estudia la demanda ciudadana de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890 mediante "la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada". En este caso la Corte buscó "armonizar los derechos de los pueblos indígenas con los derechos fundamentales universales, en dos dimensiones; la primera corresponde a las restricciones que se imponen al ejercicio de la jurisdicción especial indígena y la creación o utilización de sus propias normas, en cuanto éstas no pueden contrariar ni la Constitución ni las leyes, y la segunda, hace referencia a la relativa prevalencia del principio de diversidad étnica y cultural, por cuanto éste prevalece sobre los otros principios constitucionales cuando éstos últimos no sean de superior valor que el primero." (SÁNCHEZ BOTERO, Esther, Justicia y pueblos indígenas de Colombia, Bogotá, Universidad Nacional, p. 257).

68Sentencia T-903 de 2009. M.P: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

69Sentencias SU-037 de 1997, SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y C-175 de 2009. Citadas en la sentencia: T-903 de 2009. M. P: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

70 Convenio ratificado mediante la ley 21 de 1991.

71Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Disponible [en línea]:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—ormes/documents/publication/wcms_113014.pdf

72 Como se dijo en la Sentencia C- 617 de 2010 “De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación (sentencias T-704 de 2006 y T-514 de 2009), la Declaración refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la materia, por lo que es una pauta de interpretación de los derechos de las personas y los pueblos aborígenes, que debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional”.

73Además de estas declaraciones se deben destacar otros documentos provenientes de diferentes instancias internacionales como por ejemplo la Declaración de Friburgo sobre derechos culturales, emitida por la UNESCO en el 2007 en donde se reconoce los derechos de todas las personas individuales y colectivas a (i) elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (art. 3 a); (iii) a conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad (artículo 3.b); y (iii) el acceso y participación en la vida cultural, el cual comprende prerrogativas como las siguientes (artículo 4): “la libertad de expresarse, en público o en privado, en lo cual los idiomas de su elección; la libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente Declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios; la libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios; el derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural”.

74 Modificada por la Ley 1185 de 2008

75 Numeral 6º del art. 1

76 “Artículo 13.DERECHOS GRUPOS INDÍGENAS. Los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica conservarán los derechos que efectivamente estuvieren ejerciendo sobre el patrimonio arqueológico que sea parte de su identidad cultural, para lo cual contarán con la asesoría y asistencia técnica del Ministerio de Cultura. Con el fin de proteger lenguas, tradiciones, usos y costumbres y saberes, el Estado garantizará los derechos de

autoría colectiva de los grupos étnicos, apoyará los procesos de etnoeducación, y estimulará la difusión de su patrimonio a través de los medios de comunicación".

77 SOLANO GONZÁLEZ, Édgar, "La jurisdicción especial indígena en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", AA.VV, en: IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo: el régimen de las libertades y la responsabilidad de la administración pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 101.

78 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

79 M.P. Carlos Gaviria Díaz

80 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

81 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 5ª de 1960], artículo 3; 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.

82 En dicha Sentencia se dice que, "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 minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. La seguridad interna); b. Que se trate de una medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas".

83En esta sentencia se estudió una acción de tutela instaurada por la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia y 31 indígenas Arhuacos que, según el escrito de tutela, habían sido perseguidos por las autoridades tradicionales de la comunidad por pertenecer a dicho culto.

84Mediante esta sentencia la Corte estudió la constitucionalidad de un artículo de la Ley 89 de 1890, según la cual las faltas que cometieran los indígenas contra la moral, serían castigadas por el Gobernador del cabildo respectivo con la pena de arresto.

85 En esta misma sentencia se señaló que no es contrario a la Constitución que las comunidades indígenas tipifiquen "sanciones por faltas contra la moral, entendida ésta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad", pues en los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas no existe una separación tajante entro los ámbitos moral y jurídico.

86 Se establece en dicha sentencia que "Lo anterior se funda, entre otras cosas, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (Ley 78 de 1986), según la cual no todo castigo físico constituye tortura o trato cruel inhumano o degradante, sino sólo aquellos cuya entidad implique sufrimientos particularmente graves y crueles".

87En esta sentencia la Corte Constitucional estudió el caso de un Paéz que fue condenado por las autoridades indígenas de su comunidad a las penas de 60 fuetazos, expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios, debido a su participación en el homicidio de un alcalde.

88 La decisión se tomó con base en la definición de tortura que se da en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes y en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, en donde la Corte concluyó que "no todas las penas corporales constituyen tortura y para que adquiera tal entidad, los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, su edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante".

89Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte concluyó que, en el caso concreto, la pena de 60

fuetazos impuesta al actor no constituía ni tortura ni trato cruel, inhumano o degradante, pues, en primer lugar, el daño físico que produce es mínimo, y en segundo término, porque no es una sanción que humille al individuo, en la medida en que “es un práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al escarmiento público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”.

90 En este caso se estudió la situación de un docente indígena Nasa que accedió carnalmente a varias mujeres y al que le impusieron las penas de fuete, arresto y remoción de su cargo. La Corte señaló que no existía una violación del principio de non bis in idem en la medida en que las diferentes penas cumplen funciones diferentes, pues “el fuete corresponde más a una sanción de orden moral, que busca purificar al individuo y que pretende además devolver la armonía a la comunidad”.

91Para decidir el caso sujeto a su conocimiento y determinar la existencia o no de una violación del debido proceso, la Corte consultó a una antropóloga experta según la cual, “para los paeces el valor más grande después de la vida es la honradez, valor éste que tiene gran relevancia frente al trabajo y sus frutos, de suerte tal que quien roba (hurta), en la práctica está despojando a la víctima de lo que ha ganado con su trabajo, rompiendo a la vez con el principio fundamental de la reciprocidad. Consecuentemente tiene lugar un concepto de igualdad generalizada que se sustenta y expresa a través del deber de trabajar que a todos los individuos concierne”.

93Sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales como derecho y no como obligación, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-349 de 1996, mediante la cual esta Corporación, en un caso en que unos indígenas presuntamente asesinaron a otro Embera-chamí, resolvió consultar a la comunidad para que esta decidiera si los sindicados debían ser juzgados por las autoridades indígenas o por los jueces ordinarios.

94 Por ejemplo en la sentencia T – 945 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte conoció del caso de una mujer embarazada que había sido despedida de una entidad de salud indígena. La accionante alegaba el desconocimiento de su fuero especial de mujer en estado de embarazo e interpuso acción de tutela contra el Cabildo. Sin embargo, la Corte consideró que este no era el mecanismo adecuado, ya que al tratarse de un asunto ocurrido dentro del territorio indígena y que involucraba a sus miembros, debía ser conocido por las autoridades

tradicionales.

95 Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria. Auto del 6 de diciembre de 2001 (M.P. Rubén Darío Henao Orozco), rad. No. 2001113801167

96 Sentencia T – 606 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). Sobre el particular el artículo de BURGOS GUZMÁN, Filipo, "Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver", en: Revista de Derecho del Estado, No 21, diciembre de 2008, pp. 95 a 108.

97Radicación: 200303826 02 144. Magistrado Ponente: Dr. RUBÉN DARÍO HENAO OROZCO. Conflicto Positivo suscitado entre la Jurisdicción Indígena – Gobernador del Resguardo de Moscoso, Páez, Cauca y el Juez Promiscuo de Familia de Silvia, Cauca. Bogotá, D. C., nueve de junio de 2004.

– Competencia para conocer Demanda Verbal de Alimentos.

98 Sentencia T – 496 de 1996 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

99 Decreto 2164 de 1994, reglamentario de la Ley 160 de 1994.

100 Ver por ejemplo la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 22 de febrero de 2006 (M.P. Fernando Corla Villota), rad. No 110010102000200600183; en este caso se le otorgó la competencia a la justicia ordinaria el conocimiento de un homicidio por cuanto si bien el procesado aparecía inscrito en el censo y era reivindicado como miembro de la comunidad indígena, en su indagatoria había manifestado que 'conocía a la víctima hacía unos tres o cuatro años'. De igual manera en el caso resuelto por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el 30 de noviembre de 2005 (M.P. Temistocles Ortega Narváez, Radicado No 20050191601) en el cual se trataba de un indígena procesado por la justicia ordinaria por cuanto nunca había estado inscrito en el censo y abandonó la comunidad voluntariamente (BURGOS GUZMÁN, Filipo, Op. cit. p. 102).

101 Sentencia T – 496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Igualmente en la sentencia T-735 de 2006 se estableció que "al momento de determinar la inclusión de un sujeto en una de las comunidades étnicas cobijadas y favorecidas por la pluralidad, prima la conciencia de la pertenencia a tal comunidad, sus manifestaciones culturales, su historia y su proyección

presente. Esto implica que, si bien se puede seguir teniendo en cuenta el aspecto racial para determinar la pertenencia de una persona a un grupo étnico específico, tal factor no es definitivo ni prioritario".

102 JARAMILLO SIERRA, Isabel y SÁNCHEZ BOTERO, Esther. La jurisdicción especial indígena en Colombia, Op. Cit, p. 99.

103 Sentencia de 31 de marzo de 2004, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (M.P Temistocles Ortega Narváez), rad. No. 22004019601.

104Ibídem.

105Sentencia T- 617 de 2010.

106Sentencia T- 617 de 2010. Especialmente las normas de carácter penal "…pues antes del reconocimiento constitucional de ese ámbito autonómico, las comunidades indígenas solo podían aplicar sanciones leves para conductas de menor impacto social" (T- 617 de 2010).

107Se dijo en la Sentencia T – 552 de 2003 que la predecibilidad se refiere 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".

108 Sentencia C- 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

109 Este fue el caso de la Sentencia T – 1238 de 2004 en la cual el demandante estaba visitando a un médico de su comunidad. Éste le indicó que el origen de su enfermedad era

que otros indígenas le habían hecho brujería, razón por la cual asesinó a los presuntos autores de estos maleficios. El asesinato se produjo fuera del territorio de la comunidad. La jurisdicción ordinaria asumió el caso y condenó al indígena a diez años de prisión. El abogado defensor solicitó la nulidad del proceso por desconocimiento del fuero especial indígena, petición que fue negada aduciéndose que el asesinato se había producido fuera de los límites de la comunidad. A continuación, el defensor interpuso una acción de tutela en la que solicitó la declaratoria de nulidad del proceso. En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió el amparó y señaló que el concepto de territorio no debía entenderse limitado en su dimensión formal y cultural, sino que el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad. (C – 882 de 2011. M.P Jorge Ignacio Pretelt).

110Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo la Corte explicó lo siguiente: “En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo: a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar

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

111 Frente al delito de rebelión y tráfico de armas, ver. Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Rad. No 19981025 A 1555; 200501877; 20050225400 (79 -27); 20010769 01; 1100101102000; 20060014701.

112 En un principio se estableció por parte de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que bastaba con la prueba de la territorialidad y la calidad de indígena, de tal forma que de darse tales elementos la competencia quedaba radicada en la jurisdicción indígena (Sala Disciplinaria, Consejo Superior de la Judicatura, 24 de septiembre de 1998 [M.P. Enrique Camilo Noguera Aarón], rad. No 19981025 A 155). Sin embargo, con relación a este delito de narcotráfico se fue imponiendo el criterio de que los intereses en juego exceden el ámbito cultural y territorial y por ende la competencia la tiene la jurisdicción ordinaria (Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, 29 de septiembre de 2005, M.P. Jorge Alonso Flechas Díaz, rad. No 2005018010. (Ver sobre el particular BURGOS GUZMÁN, Filipo, Op. cit., p. 107).

113 Negrilla fuera del texto.

114 BURGOS GUZMÁN, Filipo, Op. cit., pp. 105 – 106.

115 M.P. Eduardo Campo Soto, Rad. No 20010190, conflicto de la jurisdicción planteado entre la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cucutá y el Cabildo de la comunidad indígena calafitas de la etnia U ´was.

116 BURGOS, GUZMÁN, Filipo, Op. cit. p. 106.

117 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

118 En dicha oportunidad dijo la Corte que, “La militancia o el proselitismo de otras religiones, dentro de territorio arhuaco, independientemente de que se realice por miembros de la comunidad o por terceros, pertenece a un género de conductas que por atentar contra el núcleo de las creencias de la comunidad, pueden ser objeto de serias limitaciones por parte de las autoridades internas. La comunidad indígena, resguardada bajo el principio de la diversidad cultural, puede autónomamente controlar su grado de apertura externa. Si le fuera dado a los jueces de tutela, haciendo caso omiso de la legítima pretensión de defender la propia identidad cultural, garantizar a terceros las acciones de proselitismo en territorio arhuaco, se habría patentado la forma más eficaz y rápida para poner término a esta cultura milenaria. De otro lado, reconocida la diferencia cultural por la Constitución, la decisión sobre la oportunidad y la extensión de los contactos culturales – cuyos efectos pueden tener un impacto notable dentro de la comunidad -, no se libra al azar o se asigna a las autoridades del Estado nacional, sino que ella se integra al haz de funciones autónomas que sólo cabe tomar al pueblo indígena concernido. No obstante ninguna comunidad indígena está autorizada para dispensar a su miembro disidente un tratamiento que no sea respetuoso de la dignidad de la persona humana. De ahí que el no creyente o el que profesa una religión distinta a la oficial, por ese solo hecho, no puede ser objeto de sanción o de persecución de ningún tipo”.

119 Negrillas fuera del texto

120 La Corte dijo en aquella oportunidad que no se les había violado el derecho de petición pero sí el derecho a la consulta previa consagrado en el Convenio 169 de la OIT y ordenó al Alcalde Municipal de Mocoa, “que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, y si aún no lo hubiere hecho, inicie el proceso consultivo con la comunidad correspondiente al pueblo Yanacona Villamaría de Mocoa, previsto en el artículo 6° de la Ley 21 de 1991, el que deberá culminar en un periodo no superior a tres (3) meses”.

122El artículo 3 de la Convención de los Derechos de los Niños consagra: “1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios

para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

123El principio 2 se refiere a que: "el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

124 El Artículo 24: "1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad".

125Artículo 10: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: "1.Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges. 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites

de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil".

126La Convención Americana de los Derechos Humanos en el artículo 19 dispone: "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

127 Se prescribe en su artículo 25-2 que, "la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales", y que "todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

128 Resolución 40/33 de 28 de noviembre de 1985.

129 Resolución 45/112 de 1990.

130 Cfr. Sentencia T-617 de 2010. M.P: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Sentencia T-397 de 2004. M.P: Manuel José Cepeda.

131 M.P. Manuel José Cepeda.

132Para consultar en detalle el contenido y origen normativo de estos criterios, ver los párrafos 4.1.1 – 4.1.5 de la sentencia T-397 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda.

133Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49.

134Siguiendo con la idea de la integración de las comunidades indígenas con el Estado, se consagra en el numeral segundo del mismo artículo que, "Deberán tomarse medidas adecuadas para asegurar que esos pueblos tengan la oportunidad de llegar a dominar la lengua nacional o una de las lenguas oficiales del país". En el numeral tercero se dispone que, "Deberán adoptarse disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas".

135 BOSA, Bastien, "Itinerario de 'un niño robado': de la asimilación al Black – Power; en: AAVV, Luchas indígenas y trayectorias postcoloniales, Bogotá, Universidad del Rosario, 2008,

pp. 140 a 160.

136Ibíd., p. 157.

137Cfr. LIBESMAN, Terri. Child welfare approaches for Indigenous communities: international perspectives. Disponible [en línea]: http://www.aifs.gov.au/nch/pubs/issues/issues20/issues20.html

138GRAHAM, Lorie M. Reparations, Self-Determination, and the Seventh Generation.Disponible [en línea]: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hrj/iss21/47-104.pdf

139 Cfr. LIBESMAN, Terri, Op., cit.

140 Promulgado el 29 de mayo de 1993.

141 Negrilla fuera del texto.

142 Esta Observación se puede consultar en el siguiente enlace: http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC.GC.C.11_sp.pdf

143 Introducción de la Observación General. Se dice en el numeral 8. que en el 2001, la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas designó un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, nombramiento que fue confirmado por el Consejo de Derechos Humanos de 2007. El Consejo ha pedido al Relator Especial que preste particular atención a la situación de los niños indígenas.

144 Numeral 19 de la Observación.

145 Numeral 22 de la Observación.

146 Se pone como ejemplo en los lineamientos la ablación que practican los Embera en Risaralda.

147 Esta Resolución quedó derogada por intermedio de la Resolución 5929 de 2010.

148 Negrilla fuera del texto.

149Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

150 Dice la profesora Esther Sánchez que, “El caso se configura con la sumatoria de varios episodios, llamados ‘de abandono’ por la sociedad mayoritaria, los cuales suceden en un tiempo y unas condiciones específicas. El caso manifiesta la interacción que se da entre las autoridades pertenecientes a instancias judiciales e institucionales nacionales de protección de y prevención., por un lado esta el defensor de familia, que actúa dentro del ICBF. En este caso y dada la orden del Consejo de Estado, se dispone que los menores no pueden ser devueltos a la Comunidad debido a que con dicha acción se iría en perjuicio de los derechos de los menores. Es debido a esto, que el el defensor de menores resuelve que todos los niños y jóvenes sean adoptados por las familias que los acogieron por años en hogares sustitutos, y cuyo afecto y compromiso crecieron gracias a su compañía” (SÁNCHEZ, Esther, Entre el juez Salomón y el dios Sira. Decisiones interculturales e interés superior del niño, Bogotá, Universidad de Amsterdam y UNICEF, 2007).

151M.P. Fabio Morón Díaz.

152M.P: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

153Se controvirtió una Sentencia de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura que le daba prevalencia a la jurisdicción ordinaria sobre la indígena para proteger el “interés superior del niño” del artículo 44 de la Constitución. Dijo la Sala que, “a) En relación con el peso abstracto de los principios en conflicto, es claro que se trata de intereses normativos del más alto nivel en el orden jurídico actual. Sobre los derechos e intereses de la menor ‘Claudia’, basta con indicar que el constituyente valoró con tal intensidad su protección, que estableció la única cláusula explicita de prevalencia de la Carta (art. 44 C.P.), en su favor.Sin embargo, los principios que se encuentran al otro lado de la balanza también son de alta importancia prima facie, pues (i) el debido proceso es la piedra angular del estado de derecho, por ser el principal mecanismo para la erradicación de la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas, especialmente en materia penal, donde el resultado de un proceso puede implicar la restricción de otros derechos fundamentales; y (ii) la autonomía de las comunidades indígenas se dirige a garantizar la supervivencia de culturas minoritarias, que son manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia

colombiana, como fue concebida por el constituyente de 1991, lo que ha llevado a esta Corte a establecer una regla de interpretación que persigue la maximización de la autonomía de estos grupos humanos, por parte del juez constitución".

154 Fundamento jurídico No 7.

155Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T-648 de 2005 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1089 de 2005.M. P. Álvaro Tafur Galvis; T-691 de 2005 M. P. Jaime Córdoba Triviño y T-015 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

156Sentencia T-570 de 2005. M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

157Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; SU-1070 de 2003, M. P. Jaime Córdoba Triviño; SU–544 de 2001 M. P. Eduardo Montealegre Lynett; T–1670 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz, y la T–225 de 1993 en la cual se sentaron la primeras directrices sobre la materia, que han sido desarrolladas por la jurisprudencia posterior. También puede consultarse la sentencia T-698 de 2004. M. P. Rodrigo Uprimny Yepes y la sentencia T-827 de 2003. M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

158Corte Constitucional. Ver sentencias T-441 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-742 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas y T-606 de 2004 M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

159Corte Constitucional. Sentencia SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería.

160Corte Constitucional. Sentencias C-543 de 1992 M.P. José Gregorio Hernández; T-567 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-511 de 2001 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; SU-622 de 2001 M.P. Jaime Araujo Rentería y T-108 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

161Corte Constitucional. Sentencia T-200 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

163Puntos 4.2.6. y siguientes.

164Ver punto 4.3.23.

165 Por ejemplo se explicó que de acuerdo con la Observación General No 11 se deberán proscribir las “prácticas perniciosas” como los matrimonios precoces y la mutilación genital de la mujer.

166Punto 3.1. de los antecedentes.

167Punto 4.1.12.

168 Declaración de EduarEstibenzon Medina Parada de 15 de junio de 2010. Punto 3.2. de los antecedentes.

169Punto 4.4. de los antecedentes.

170Punto 4.2.10. de los antecedentes.

171Punto 4.1.22 de los antecedentes.

172Igualmente se constató que al viajar a Bogotá a hacerse los exámenes médicos estuvo en un albergue indígena.

173Por ejemplo que dicha justicia no sea imparcial por haber abandonado ella a la comunidad y no haber realizado sus deberes como mujer – sembrar yuca y casabe – una vez que se casó con Arístides Parada. También se evidencia que hay preocupación de la comunidad por los matrimonios mixtos, es decir, cuando una indígena llegue a quedar en embarazo de un “blanco” (punto 4.1.14. de los antecedentes), y esto podría evidenciar una cierta discriminación de parte de la comunidad para los llamados “cabucos”, situación que no se encuentra suficientemente probada.

174Le resulta muy caro viajar a la comunidad de Yurí para resolver la situación. Alquiler de bongo, gasolina y transporte, que no podría pagar dadas sus condiciones económicas.

175Por una parte la relación familiar del Capitán EduarEstivenzon Medina Parada con el padre y la familia paterna de la niña, y por otra parte el hecho de que los viejos y el Cabildo la sancionen por haber abandonado la comunidad y su familia, o por haber denunciado los hechos ante la autoridad del “blanco”.

176 Al respecto, en la sentencia se sostuvo lo siguiente: “(…) Además por tratarse de un caso

en donde se conjugan elementos propios de la jurisdicción indígena con otros de la legislación ordinaria que tiene que ver no solo con la competencia, sino con la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena estima la Sala que es competente para resolver el caso “.