

Sentencia T-002/12

JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Conflicto de competencias

INTERES SUPERIOR DEL MENOR Y ESPECIAL PROTECCION A LA NIÑEZ EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO-Reiteración de jurisprudencia

Teniendo como punto de partida el carácter relacional del interés superior del menor, es claro que la prevalencia de sus derechos no debe entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica, sino que debe examinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso. Es por eso que esta Corte ha precisado que los jueces de tutela que conocen de casos que involucran a menores de edad deben orientar sus decisiones hacia la materialización plena del interés superior de cada niño individualmente considerado, atendiendo especialmente (i) los criterios jurídicos relevantes del caso concreto y (ii) ponderando cuidadosamente las circunstancias fácticas que lo rodean. Eso explica que las posibles vulneraciones a la integridad sexual de menores indígenas al interior de sus comunidades hayan sido objeto de un desarrollo jurisprudencial específico

VALOR DE LA DIVERSIDAD Y JUSTIFICACION DE LA JURISDICCION INDIGENA EN LA CONSTITUCION DE 1991-Reiteración de jurisprudencia

CRITERIOS PARA SOLUCIONAR TENSIONES EN CASOS RELACIONADOS CON LA INTEGRIDAD ETNICA Y LA DIVERSIDAD CULTURAL/CRITERIOS PARA MARCAR LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE MAXIMIZACION DE LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

Este principio supone el carácter excepcional de las restricciones a la autonomía de las comunidades: Las restricciones son admisibles, de manera excepcional, cuando “(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”. Esto significa que cuando un caso concreto exija ponderar la preservación de la diversidad étnica de la Nación frente a otros intereses, la autonomía de las comunidades podrá restringirse una vez se verifiquen las siguientes condiciones: “a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) [y] b. Que se trate

de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. Todo ello bajo el entendido de que sopesar la jerarquía de los intereses en pugna y la posible aplicación de medidas menos gravosas para la autonomía de las comunidades es un ejercicio de ponderación que debe realizarse a la luz de las características y atributos propios de cada comunidad

PRINCIPIO DE MAYOR AUTONOMIA PARA LA DECISION DE LOS CONFLICTOS INTERNOS

La autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión

PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL MAYOR AUTONOMIA

Enunciado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994. El punto de partida de este principio es la constatación de que el mandato colonizador que marca la historia nacional no fue asimilado de manera uniforme y homogénea por las diferentes comunidades indígenas existentes en el territorio nacional, sino que es posible distinguir entre las culturas que resistieron el mandato de asimilación y aquellas que, por presiones de distinta naturaleza, cedieron hasta adoptar formas propias de la comunidad mayoritaria.

LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Estudio del artículo 246 de la CP/LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Parámetros que ha establecido la Corte Constitucional

La pregunta por los límites a la autonomía de las comunidades indígenas está directamente relacionada con el estudio del artículo 246 Constitucional. Este artículo reconoce la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley. Se trata, por supuesto, de una enunciación genérica, de manera que en respuesta a la exigencia de concreción latente en el artículo 246 la Corte ha establecido dos parámetros claves: (i) la escogencia de las disposiciones legales y constitucionales que efectivamente han de servir de límite debe estar guiada por los principios de diversidad y pluralismo jurídico; y (ii) los derechos fundamentales deben ser interpretados como mínimos

necesarios para garantizar la convivencia pacífica.

La Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996, abordó por primera vez el tema y determinó que hacen parte del contenido de esa disposición: “(i) la facultad de la comunidad de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada”. Así, el desafío que enfrenta el orden constitucional en relación con la jurisdicción especial indígena consiste en garantizar que una comunidad que cuente con los elementos (i) y (ii), es decir, con autoridades judiciales y procedimientos judiciales autóctonos bien definidos, pueda ejercer su autonomía aún en ausencia de una ley de coordinación (v), sin perder de vista que el sometimiento de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe conectarse armónicamente con los límites propios de la autonomía de los pueblos en tanto derecho fundamental. En respuesta, la Corte Constitucional ha ratificado que el Consejo Superior de la Judicatura es el juez natural para dirimir este tipo de conflictos, al tiempo que se ha ocupado de precisar el alcance del artículo 246 Constitucional por estar en juego los derechos fundamentales de un grupo humano especialmente protegido

ELEMENTO PERSONAL Y ELEMENTO TERRITORIAL DEL FUERO INDIGENA

ERROR INVENCIBLE DE PROHIBICION ORIGINADO EN LA DIVERSIDAD CULTURAL Y VALORATIVA

El primer caso (1.a.), plantea dilemas interpretativos adicionales. Este caso supone un individuo no perteneciente a la comunidad mayoritaria cuyo derecho al fuero indígena solo será reconocido si se determina que al momento de desplegar la conducta no entendía la ilicitud de ésta, es decir, si incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa. El deber de establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa corresponde entonces al funcionario judicial, quien deberá verificar si la conducta ilícita fue desplegada por una persona indígena cuya forma de entender el mundo determinó su actuar en alguna medida. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el fuero indígena producirá el efecto

para el cual fue creado de modo que la persona debe ser puesta en manos de las autoridades tradicionales de su comunidad para su juzgamiento; de lo contrario, la persona deberá ser procesada y sancionada por la justicia ordinaria.

COMPONENTE ORGANICO O INSTITUCIONAL DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y SU INFLUENCIA SOBRE LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS Y LA PROTECCION DEL DEBIDO PROCESO DEL ACUSADO

ALCANCE DE LOS DERECHOS DE LAS VICTIMAS EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y LA JUSTICIA ORDINARIA-Criterios de interpretación relevantes

ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL MARCO DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA

Si bien desde el derecho mayoritario el principio de legalidad impone el juzgamiento de una persona a partir de normas previamente establecidas, por autoridades competentes de acuerdo con la regulación existente y con apego a los procedimientos previstos por el legislador, indagar por el mismo principio en el marco de la jurisdicción especial indígena es un asunto problemático puesto que ésta difícilmente ofrecerá un trasplante exacto del principio de igualdad tal y como se concibe en la comunidad mayoritaria. Sin embargo, a pesar de las obvias dificultades para hallar dentro de la jurisdicción especial indígena una réplica exacta del principio de legalidad del derecho mayoritario, ello no constituye un obstáculo infranqueable para el ejercicio de la jurisdicción indígena. Por el contrario, impone al juez el deber de estudiar el alcance del principio en cuestión en el contexto de esas comunidades, a la luz del proceso de recreación y reformación que ha atravesado el derecho indígena desde su formación hasta su reconocimiento por la Constitución de 1991. A este respecto, esta Corporación ha precisado el establecimiento de contenidos mínimos en la conformación del principio. Estos mínimos se definen como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas en el marco de las tradiciones conformadoras de la identidad comunitaria. Esto significa que la absoluta imposibilidad de predecir las actuaciones de las autoridades tradicionales puede ser interpretada como la inexistencia de la noción misma del principio de legalidad, y constituiría una razón constitucionalmente válida para excluir la competencia de la jurisdicción indígena.

ELEMENTO INSTITUCIONAL U ORGANICO-Se deben establecer los criterios de decisión relevantes en la evaluación de éste

CRITERIOS PARA DEFINIR EL ALCANCE DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-No deben ser evaluados por separado

Los criterios anteriormente mencionados para definir el alcance de la jurisdicción especial indígena no deben ser evaluados por separado. Tratándose de criterios íntimamente relacionados, el juez constitucional deberá valorarlos conjuntamente en cada caso concreto. Dejar de lado uno de ellos podría acarrear la vulneración de la autonomía de las comunidades indígenas o afectar los derechos de sus miembros y de las víctimas. Por otra parte, si bien es necesario un análisis conjunto de cada uno de los criterios, es necesario tener en cuenta que cada conflicto que dé origen a la colisión de competencia puede implicar un alcance distinto para cada elemento

PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

ANALISIS FORMAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL EN CASOS CONCRETOS

INTERPRETACION DEL ARTICULO 246 DE LA CP EN RELACION CON LOS ARTICULOS 1, 2, 7 Y 70

TENSION ENTRE LOS DERECHOS A LA AUTONOMIA Y A LA DIVERSIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y EL SISTEMA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN TANTO MINIMOS ETICOS UNIVERSALES/INTEGRIDAD SEXUAL DE MENORES QUE SON SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL

Los casos bajo examen plantean el problema de la interpretación del artículo 246 de la Constitución Política en relación con los artículos 1, 2, 7 y 70 de la misma, normas que dan origen a los derechos colectivos de los pueblos aborígenes, definen el Estado colombiano como pluralista y participativo, y protegen la diversidad étnica y cultural además de otorgar funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas. A este respecto, las obligaciones que ha adquirido el Estado colombiano no son solamente de rango

constitucional, sino que se encuentran consagradas en instrumentos internacionales relativos a la protección e interpretación de los derechos humanos de los pueblos aborígenes. Así, el punto central de los asuntos bajo examen no es solo la conocida tensión entre los derechos a la autonomía y a la diversidad cultural de las comunidades indígenas y el sistema de derechos fundamentales en tanto mínimos éticos universales, sino que está en juego la integridad sexual de dos menores, y los menores, ya se ha dicho, son sujetos de especial protección constitucional cuyo bienestar concierne a la sociedad en general, incluidas las comunidades indígenas

REQUISITO DE INMEDIATEZ Y PLAZO RAZONABLE-Caso en que se debe tener en cuenta la complejidad del proceso y las dificultades que enfrentan los indígenas para acceder a la administración de justicia en el derecho mayoritario

En múltiples ocasiones esta Corporación ha explicado que el establecimiento de un término perentorio para el ejercicio de la acción de tutela es inconstitucional, pues no puede ponerse término a la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, también ha insistido en que la acción debe interponerse dentro de un plazo razonable. La sentencia objeto de tutela fue proferida el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010) y la acción de tutela fue interpuesta el once (11) de noviembre de dos mil diez (2010). Entre el proferimiento del fallo y la interposición de la tutela transcurrieron aproximadamente cinco (5) meses. Según el Consejo Superior de la Judicatura, el término de cinco (5) meses basta para considerar que no se ha cumplido el requisito de inmediatez puesto que, en su opinión, “no se evidencia en este evento una justa causa que explique los motivos por los cuales no se haya formulado esta acción de tutela de manera oportuna, dentro de un término razonable, prudencial y adecuado, ni se infiere la ocurrencia de hechos nuevos que impongan la protección de los derechos fundamentales invocados”. Sin embargo, esta Sala no encuentra desproporcionado el término de cinco meses a la luz de su jurisprudencia sobre la noción de plazo razonable, más aun teniendo en cuenta la complejidad del proceso y las dificultades que enfrentan los indígenas para acceder a la administración de justicia en el derecho mayoritario. Así, esta Corporación considera que en este caso el tiempo transcurrido entre el fallo cuestionado y la efectiva interposición de la tutela no riñe con el concepto de plazo razonable

CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Obligación del Juez es remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura para que éste como

órgano competente lo dirima

Cuando un juez de la jurisdicción ordinaria decide sobre un conflicto de competencias positivo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena incurre en una vulneración al debido proceso, ya que su obligación es remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura para que éste, como órgano competente para ejercer dicha función, dirima el conflicto.

DECISION SIN MOTIVACION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE TUTELA CONTRA SENTENCIA

Esta Sala recordará brevemente la caracterización de la decisión sin motivación como causal de procedibilidad de la tutela contra sentencia. Esta causal se configura, según la Sentencia C-590 de 2005, cuando se presenta “incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.”

No sobra reiterar que en un Estado democrático de derecho los operadores jurídicos deben sustentar y motivar las decisiones judiciales, lo cual constituye no solo una garantía ciudadana sino un componente esencial de la función jurisdiccional. El escenario contrario, es decir, la imposición de las decisiones judiciales y su aceptación por parte de los ciudadanos por la sola majestad del juez, riñe completamente con los principios democráticos y se sitúa bastante cerca del autoritarismo. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales cumple una doble función: no solo refuerza el contenido mínimo del debido proceso al obstaculizar abiertamente cualquier actitud caprichosa por parte del juez, sino que contribuye a garantizar la sujeción de éste al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de sus fallos

JUEZ DE TUTELA Y VALORACION DE LA CAUSAL DECISION SIN MOTIVACION PARA QUE PROCEDA TUTELA CONTRA SENTENCIA-Cuando la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado.

No es tarea del juez de tutela establecer la conclusión correcta a la cual debería conducir

determinada argumentación, pero sí es su obligación señalar que sin dicho análisis la providencia atacada presenta un grave déficit de motivación que la deslegitima como tal

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JUDICIAL-Reiteración de jurisprudencia

Sobre el desconocimiento del precedente aplicable al caso como causal material de procedibilidad de la acción de tutela la Corte ha establecido que dicho defecto hace parte del defecto sustantivo. Del mismo modo en las Sentencias SU- 640 de 1998, T- 462 de 2003 y T- 292 de 2006 se ha señalado que el juez de igual jerarquía debe vincularse al precedente horizontal y el juez de inferior jerarquía al precedente vertical en lo que atañe a la ratio decidendi de una jurisprudencia anterior. En estas sentencias se ha indicado que cuando una instancia jurisdiccional se vaya a apartar del precedente anterior se debe justificar razonadamente su oposición. Esta vinculatoriedad del precedente se relaciona con los principios de seguridad jurídica e igualdad y por el deber que tienen los jueces de armonizar sus decisiones y que de esta manera no se vayan a producir fallos contradictorios cuando se trate de decidir sobre hechos similares. Por otra parte, en la sentencia T-1031 de 2001 la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados

VIOLACION DIRECTA DE LA CONSTITUCION COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE TUTELA CONTRA SENTENCIA/NOCION DE CASO DIFICIL

DEFECTO SUSTANTIVO POR INTERPRETACION ERRONEA DEL ARTICULO 246 DE LA CP-No se tuvo en cuenta por el Consejo Superior de la Judicatura el elemento institucional en relación con el ejercicio de la jurisdicción especial indígena

La Sala observa que el Consejo Superior de la Judicatura centra su análisis en los elementos personal, territorial y objetivo. Más aún, otorga al elemento objetivo una especial importancia sobre los dos primeros, pues si bien comprueba la presencia de los elementos personal y territorial, decide otorgar la competencia del asunto a la jurisdicción ordinaria por estar en juego la integridad sexual de una menor, que es un bien jurídico especialmente importante para el sistema jurídico nacional. Con esto, el Consejo Superior de la Judicatura parece estar estableciendo una suerte de jerarquía entre los elementos de procedencia de la

jurisdicción especial indígena, jerarquía en la cual el elemento objetivo prevalece sobre los elementos personal y territorial. La Sala reitera su desacuerdo con el carácter prevalente que el Consejo Superior de la Judicatura otorgó al elemento objetivo, así como con la exclusión del elemento institucional en el análisis de la competencia. Frente a la prevalencia del elemento objetivo, fundamentado en la existencia de un umbral de nocividad a partir del cual la jurisdicción indígena carece de competencia, la Sala insiste en la incompatibilidad de este planteamiento con la jurisprudencia constitucional, pues la exclusión de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social es una postura que desconoce injustificadamente la validez del control social realizado por las comunidades indígenas, al tiempo que riñe con el “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución. En cuanto al elemento institucional, es importante reiterar que éste debe analizarse a la luz de la existencia de (i) usos y costumbres, autoridades tradicionales, y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena concernida; y (ii) la acreditación de cierto poder de coerción en cabeza de las comunidades indígenas para aplicar la justicia propia. Además, este elemento tiene relación con (iii) la protección del derecho fundamental al debido proceso del investigado, y (iv) la eficacia de los derechos de las víctimas.

CONFLICTO ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES-Se debe abordar el análisis en el marco de situaciones específicas

La Sala estima que no puede considerarse en abstracto que el artículo 44 de la Constitución, que consagra el carácter prevalente de los derechos de los niños, esté en conflicto con el artículo 246 Superior, ni que dicho conflicto se soluciona mediante la supresión de uno de los dos principios enfrentados. De ahí la necesidad de abordar el análisis de los conflictos entre normas constitucionales en el marco de situaciones específicas, teniendo en cuenta que la eficacia de un principio no puede lograrse de forma absoluta sin limitar otro mandato(s) constitucional(es). Por esta razón, la Sala insiste en que la falta de motivación del elemento institucional por parte de la entidad accionada redundó en la ausencia de las razones específicas por las cuales consideró que el respeto por los derechos de “Gina” entra en tensión con la aplicación del derecho propio del resguardo La Montaña. Así, el yerro en el que incurre el Consejo Superior de la Judicatura al interpretar el artículo 246 consiste en suponer que la consecuencia necesaria del ejercicio de la jurisdicción indígena en casos que involucran la integridad sexual de los menores es el irrespeto por los derechos de niños y niñas, lo que constituye, a ojos de esta Sala, una actitud prejuiciosa y discriminatoria frente a

los pueblos originarios, así como una desconfianza injustificada sobre sus procedimientos

SUBREGLAS RELATIVAS A LA DEFINICION DE COMPETENCIA

OBLIGACION DE ARGUMENTACION DEL FUNCIONARIO JUDICIAL

Ciertamente, los artículos mencionados y la sentencia citada son pertinentes en el asunto en cuestión; sin embargo, la simple sumatoria de artículos y citas no constituye, en opinión de esta Sala, una argumentación sólida o suficiente, pues las providencias judiciales no pueden ser construidas a la manera de una colcha de retazos. Teniendo en cuenta que en la parte considerativa de la sentencia no se observa prácticamente ningún párrafo que pueda tomarse como resultado del ejercicio argumentativo del juez, esta Sala no puede sino admitir que el cargo está llamado a prosperar. Si bien esta Corte ha dicho que “las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho”, el juez es responsable de proveer sus sentencias con un contenido argumentativo mínimo que la sentencia en cuestión no satisface, sin que tal exigencia pueda considerarse una intromisión en la autonomía del funcionario judicial. Como ya se explicó líneas arriba, la ausencia de motivación como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias procede cuando “la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente”. En este caso, el cuerpo argumentativo de la sentencia se constituye exclusivamente de la transcripción de artículos y apartes de sentencias, de manera que la Sala concluye que la argumentación sobre la cual descansa la decisión es abiertamente insuficiente.

DEFECTO SUSTANTIVO POR INTERPRETACION ERRONEA DEL ARTICULO 246 DE LA CP- Omisión del deber de argumentar con suficiencia

la Sala considera que la sentencia cuestionada sí se fundamentó en una interpretación errónea del artículo 246 Constitucional, por lo tanto reitera la argumentación expuesta para esta causal en el análisis del expediente T-3120650 y observa que, de la omisión del Consejo Superior de la Judicatura de su deber de argumentar con suficiencia, se desprende que la entidad accionada no solo planteó en abstracto una contraposición entre los artículos 44 y 246 de la Constitución, sino que solucionó ese falso dilema priorizando el artículo 44 de la Constitución sin dar razones convincentes para ello. De la ausencia de una explicación

razonable sobre las circunstancias exactas en las cuales los derechos de la menor peligran si las autoridades tradicionales del resguardo asumen la competencia del asunto, se desprende que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en defecto sustantivo al interpretar erróneamente el artículo 246 de la Constitución. Esta interpretación errónea consiste en suponer que el fin último de la jurisdicción instituida por este artículo es proteger al indígena infractor, de manera que -parece suponer la entidad accionada-la adopción de una actitud condescendiente con los adultos que han atentado contra la integridad sexual de los menores es connatural al ejercicio de la jurisdicción especial indígena. De acuerdo con el examen efectuado, la sentencia proferida el día veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010) por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adolece de falta de motivación y presenta un defecto sustantivo por interpretación errónea de la Constitución, impidiendo la realización de los derechos de las comunidades indígenas

IDENTIDAD ETNICA DE LA VICTIMA HACE PARTE INTEGRANTE DEL ELEMENTO OBJETIVO/ELEMENTO OBJETIVO Y EL UMBRAL DE NOCIVIDAD

Aunque la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura ha librado un debate alrededor de si la condición de indígena de la víctima hace parte del elemento personal o del elemento objetivo, esta Sala considera que la identidad étnica de la víctima hace parte integrante del elemento objetivo. Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura ha implementado en su jurisprudencia otra concepción del elemento objetivo, que se caracteriza por establecer un umbral de nocividad a partir del cual estaría vetado el ejercicio del derecho propio de las comunidades indígenas; en consecuencia, todas las conductas que involucren bienes jurídicos universales no podrían ser conocidas por esa jurisdicción. Esta Sala reitera que disiente de ese planteamiento, pues el elemento objetivo evaluado de manera individual no basta para excluir la competencia de la jurisdicción especial indígena por restringir de manera excesiva e injustificada la autonomía de las comunidades.

ELEMENTO OBJETIVO Y APLICACION DEL FUERO INDIGENA

El elemento objetivo debe examinarse de cara a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado. En cuanto a la naturaleza del sujeto, la condición de indígenas de las niñas se encuentra probada en el proceso así como su aceptación como miembros de los resguardos

indígenas. En cuanto a la importancia del bien jurídico presuntamente afectado, la Sala considera que la integridad sexual de un menor es un asunto que concierne tanto a la comunidad indígena como a la comunidad mayoritaria. Así, por tratarse de un asunto que reviste especial gravedad para el derecho mayoritario y en armonía con lo que esta Sala ha sostenido sobre el elemento objetivo, éste deberá ser evaluado en conexidad con los demás factores que definen la competencia de las autoridades de los pueblos aborígenes. La Sala encuentra acreditado el elemento objetivo en los dos casos, y recuerda que lo verdaderamente importante es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de modo que pasa a analizar el elemento institucional.

CONFLICTO ENTRE JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y EL INTERES SUPERIOR DEL MENOR

EJERCICIO DE JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Caso en que se estudia si vulnera los derechos de menor de edad, por lo que se establece el peso relativo de cada principio/
PREVALENCIA DE LA PROTECCION A LA AUTONOMIA DE LA COMUNIDAD DEL RESGUARDO

Se estudia si el ejercicio de la jurisdicción especial indígena vulnera los derechos de la menor. Este estudio exige establecer el peso relativo de cada principio, lo que se logra indagando por (i) la importancia en abstracto de cada principio en el momento histórico específico del orden jurídico; (ii) la gravedad de la afectación de cada principio, y (iii) el grado de certeza de tal afectación en cada caso concreto, análisis que debe llevarse a cabo a la luz de la información fáctico-probatoria disponible. (i) 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 del menor, basta mencionar que la única cláusula explícita de prevalencia de la Carta favorece a los menores (art. 44 C.P.). Al otro extremo de la balanza se encuentra la autonomía de las comunidades indígenas como manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia colombiana, lo que ha llevado a esta Corte a establecer una regla de interpretación que persigue la maximización de la autonomía de estos grupos por parte del juez constitucional. (ii) Adoptar una decisión en uno u otro sentido implica una grave afectación para ambos grupos de principios; para los derechos de la menor, en tanto el proceso penal cuenta con una faceta proteccionista (aunque no la única posible y necesaria); para los menores víctimas de delitos sexuales; y para los derechos de la comunidad del resguardo porque impedir el ejercicio de la jurisdicción especial indígena implica desconocer que la justicia propia se fortalece al

aplicarla. También resultaría afectado el derecho al debido proceso de “Anselmo”, pues su condición de indígena se encuentra acreditada así que, en principio, su juez natural son las autoridades del resguardo, quienes comparten su visión cosmovisión. iii) Al evaluar la certeza de la afectación de cada derecho, la Sala encuentra que no existe certeza alguna sobre la afectación de los derechos de la menor, ya que la comunidad cuenta con una serie de normas e instituciones tendientes a castigar el delito de la violación de la menor. En efecto de las pruebas recaudadas en sede de revisión se concluye que el derecho propio del resguardo ofrece la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de la presunta víctima. En cambio, existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de “Anselmo” si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria. Por lo tanto, la Sala concluye que, aunque los bienes en conflicto son de la mayor importancia para el régimen constitucional y la afectación de los mismos debe considerarse grave en caso de producirse, la ausencia de certeza sobre la real amenaza de los derechos de la menor lleva a dar prevalencia a la protección de la autonomía de la comunidad del resguardo y al debido proceso del señor “Anselmo”, cuya afectación se considera cierta en caso de mantener la competencia en la justicia penal del derecho mayoritario

EJERCICIO DE LA JURISDICCION ORDINARIA-Caso en que autoridades del Resguardo Indígena manifestaron que no poseen la institucionalidad necesaria para juzgar y castigar/ALECTACION DE LOS DERECHOS DE LA MENOR SI EL CASO ES ASUMIDO POR EL RESGUARDO

La Sala observa que la comunidad del resguardo Los Guayabos se rige por instituciones, usos y costumbres tradicionales, sus autoridades cuentan con cierto poder de coerción social y se reconoce que la afectación de la integridad sexual de un menor es un acto digno de reproche. Sin embargo, aunque en principio las autoridades del resguardo manifestaron su interés por conocer el asunto, posteriormente señalaron que no poseen la institucionalidad necesaria para juzgar y castigar al señor “Víctor”, de manera que prefieren que el asunto sea conocido por la justicia ordinaria. Esto constituye, en principio, un argumento poderoso para excluir el ejercicio de la jurisdicción especial indígena. Teniendo en cuenta que la integridad sexual de los menores es un bien jurídico considerado especialmente importante en la comunidad mayoritaria y que la víctima es sujeto de especial protección constitucional, procede la Sala a analizar el elemento institucional del resguardo Los Guayabos estableciendo (i) la importancia en abstracto de cada principio en el momento histórico

específico del orden jurídico; (ii) la gravedad de la afectación de cada principio, y (iii) el grado de certeza de tal afectación en cada caso concreto, análisis que debe llevarse a cabo a la luz de la información fáctico-probatoria disponible. Para los componentes (i) y (ii) la Sala reitera lo dicho en relación con el expediente T-3120650, pues tanto los derechos de los menores como la jurisdicción especial indígena son intereses normativos del más alto nivel en el orden constitucional y adoptar una decisión en uno u otro sentido implica una grave afectación para ambos grupos de principios. Sin embargo, al evaluar (iii) la certeza de la afectación de cada derecho, la Sala considera que existe certeza sobre la afectación de los derechos de la menor si el caso es asumido por el resguardo Los Guayabos, pues de las pruebas recaudadas en sede de revisión se desprende que el derecho propio del resguardo Los Guayabos no solo no ofrece la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de la presunta víctima, sino que no cuenta con un mínimo de predecibilidad y previsibilidad que permita suponer que el derecho al debido proceso del señor “Víctor” será salvaguardado.

Por otra parte, no existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de “Víctor” si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria, pues las autoridades tradicionales del resguardo han expresado su voluntad de ceder la competencia arguyendo para ello razones poderosas, como lo son la inexistencia de reglas específicas e instituciones consolidadas para llevar a cabo el proceso y castigar al agresor en caso de ser hallado culpable. Por lo tanto, la Sala concluye que la inexistencia de certeza sobre la afectación de los derechos al juez natural y a la jurisdicción indígena de “Víctor” contrasta con la certeza sobre la real amenaza de los derechos de la menor si el proceso se adelanta en su resguardo, de manera que esta Sala dará prevalencia a la protección de los derechos de la menor, cuya afectación se considera cierta, y se abstendrá de otorgar la competencia del asunto a las autoridades tradicionales del resguardo Los Guayabos

Referencia: expedientes acumulados T-3120650 y T-3120654

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

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, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Nacional y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de las sentencias dictadas en los procesos conocidos bajo los números de expedientes T-3120650 y T-3120654.

I. ANTECEDENTES

Anotación preliminar

Como medida para proteger la intimidad de los menores y haciendo eco de decisiones similares adoptadas por la Corte Constitucional¹, la Sala ha decidido suprimir de esta providencia y de toda futura publicación relacionada con la misma los nombres verdaderos de las menores involucrados en los presentes procesos así como de sus familiares y de los presuntos agresores.

1.1. Expediente T-31206554

El Señor Juan de Dios Taborda Taborda, gobernador y representante legal del resguardo indígena de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña (en adelante “resguardo La Montaña”), interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura - Sala Jurisdiccional Disciplinaria con el fin de proteger los Derechos Fundamentales a la defensa, al debido proceso, a la igualdad, a la diversidad étnica y a la jurisdicción indígena del resguardo que representa y del señor “Anselmo”, miembro de la misma comunidad, presuntamente violados por esa Corporación con la decisión proferida el quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010) en el marco de los siguientes

1.1.1. Hechos

1. La Fiscalía Segunda Seccional de Riosucio, departamento de Caldas, formuló acusación

contra al Señor “Anselmo” por el delito de actos sexuales abusivos cometidos contra la menor “Gina”. El señor “Anselmo” es el padrastro de la niña “Gina”, que al momento de los hechos tenía 14 años de edad.

1. Tanto el Señor “Anselmo”, como la menor “Gina” son indígenas pertenecientes a la Parcialidad Embera-Chami, del resguardo La Montaña. Adicionalmente, los hechos por los cuales se acusa al Señor “Anselmo” tuvieron lugar dentro del territorio del resguardo.

1. El día veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010) el Gobernador del mencionado resguardo dirigió un oficio al Juez de Control de Garantías - Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Riosucio - en el cual planteó el conflicto de competencia solicitando la remisión del caso a las autoridades tradicionales de su parcialidad con apoyo en el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena que dispone el artículo 246 de la Constitución Política. En dicha petición adujo que se reúnen los requisitos para tal efecto pues tanto el presunto agresor como la supuesta víctima son indígenas censados dentro de su resguardo y los hechos habrían tenido lugar al interior del mismo.

1. A raíz del oficio dirigido por el Gobernador del Resguardo, el Juez de Control de Garantías llevó a cabo audiencia preliminar el día diecinueve (19) de noviembre de dos mil diez (2010) con el fin de definir la competencia. El Señor “Anselmo” se hizo presente con su abogado de confianza aportando la constancia de que tanto él como la presunta víctima son indígenas censados dentro del resguardo La Montaña, reiterando que por la misma razón son las autoridades tradicionales de esa comunidad quienes deben conocer el asunto. Por su parte, la Fiscalía reclamó la competencia para la Jurisdicción Ordinaria por tratarse de un delito presuntamente cometido en menor de 14 años, circunstancia que, en su opinión, justifica la exclusión del fuero indígena.

1. La Juez de Control de Garantías estimó que carecía de competencia para definir el asunto,

razón por la cual el conflicto de competencia debía plantearse ante el Juez de Conocimiento – Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas. Ante esta decisión el defensor de confianza del Señor “Anselmo” interpuso recurso de apelación, recurso que el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, negó por improcedente al tiempo que remitió el asunto a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura “a efectos de que trace las directrices por las que se debe regir el juez al que le formulen el cambio de jurisdicción, ya sea el de conocimiento o el de Garantías”.

1. Decisión objeto de tutela

1. Mediante providencia de quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto de competencia a favor de la Justicia Ordinaria, no sin antes precisar en la providencia que “pese a no haberse presentado el Gobernador indígena a la audiencia realizada ante la Juez de Control de Garantías a exponer los argumentos para que le fuera asignado el conocimiento del asunto sub examine, la Sala resolverá el mismo, en consideración a los documentos aportados por el mismo al proceso penal, mismos que hacen constar la pertenencia del acusado a esa comunidad indígena y adicionalmente por tratarse de la solicitud elevada por la Fiscalía, la cual requiere pronunciamiento en sede de definición de competencias en aras de garantizar el debido proceso y acceso a la administración de justicia”.

2. La Corporación menciona los lineamientos jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional en relación con la vigencia de la jurisdicción indígena, “cuando es clara la circunstancia de que la persona que va a ser juzgada pertenece a la comunidad indígena respectiva, pues es precisamente tal pertenencia uno de los factores que concede la identidad cultural que genera el fuero especial”. A este respecto, verifica la existencia del factor personal dando por probada la pertenencia tanto del Señor “Anselmo” como de la menor “Gina” al resguardo La Montaña. Así mismo, hace referencia al factor territorial, es decir, al hecho de que la situación que será objeto de juicio debe haber tenido lugar en el territorio perteneciente a la comunidad indígena, hecho que también da por probado en el caso concreto.

3. Pese a considerar probados los factores territorial y personal, la Sala asignó el conocimiento del asunto a la Justicia Penal Ordinaria –representada por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas – aduciendo, en primer lugar, que la Jurisdicción Indígena no es absoluta y debe observar ciertos límites en procura de salvaguardar intereses superiores. En segundo lugar expresó que “la protección de los derechos de los menores es uno de los fines constitucionales del estado, imposibilitándose el reconocimiento de un fuero de juzgamiento especial al investigado, por tratarse de un delito reprochable bajo cualquier óptica, sin que sean aceptables argumentos de tipo cultural o étnico”. Finalizó diciendo que hechos punibles como el que está en debate “por su misma naturaleza, no pueden tener ninguna protección fundada en la condición de indígena, habida cuenta que la jurisdicción especial fue erigida para mantener la identidad, costumbres y tradiciones de los pueblos debidamente asentados”.

1. Escrito de tutela

1. El resguardo La Montaña objetó la decisión de la Sala mediante acción de tutela pues, a juicio del peticionario, dicha providencia desconoce el derecho a la defensa, al debido proceso (principio del juez natural), a la igualdad, a la diversidad étnica, y a la Jurisdicción Indígena del resguardo La Montaña y del señor “Anselmo” y la niña “Gina”, razón por la cual la decisión constituye una “vía de hecho”.

2. El actor fundamentó la “vía de hecho” en

i. el desconocimiento del derecho a la defensa y al debido proceso por “pretermitir y avalar la omisión tanto del Juez de Control de Garantías como del Juez de Conocimiento de tomar decisiones en cuanto al pedimento de jurisdicción por parte del resguardo de La Montaña”;

ii. la falta de motivación pues “la argumentación, si bien se nutre de elementos jurisprudenciales que más sirven para haber reconocido la competencia del resguardo que de la justicia ordinaria, la decisión se reduce a un párrafo, que concluye que los derechos de los menores están por encima de un fuero especial de juzgamiento”;

iv. violación directa de la Constitución, configurada “al desatender sin justificación y argumentación alguna el derecho a la diversidad étnica y cultural, así como la jurisdicción indígena, que tienen carácter colectivo fundamental”

3. Adicionalmente, el escrito de tutela llama la atención sobre el cambio de posición de la judicatura de Riosucio. Según el resguardo, ésta siempre había observado una posición garantista respecto del ejercicio de la jurisdicción especial indígena y sin embargo “al operarse algunos cambios en la nómina de jueces y fiscales de Riosucio, para el año 2010, se varió sin base ni fundamento superior alguno, o hechos reales, esa posición”.

4. Finalmente, el actor solicitó dejar sin efecto la decisión adoptada por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y “radicar la competencia para el conocimiento del caso en la Jurisdicción Especial Indígena, en cabeza de las autoridades tradicionales del resguardo indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña”. Así mismo, “Que se ordene al Juez Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, la suspensión (sic) del proceso mientras se produce decisión de fondo del juez constitucional” y “que en el evento de que en el curso de esta acción (sic) se produzca sentencia, así sea absolutoria, que la misma se revoque por evidente defecto orgánico”.

1. Intervención de la autoridad judicial accionada

1. El día nueve (9) de marzo de dos mil once (2011), el Presidente de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, presentó escrito ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca solicitando “declarar la improcedencia del recurso de amparo [instaurado por el gobernador del resguardo La Montaña] toda vez que se está ante un actuar incurioso de la parte peticionaria”.

2. Lo anterior por cuanto, según el Presidente de la Sala, el asunto fue abordado como una definición de competencia pues el representante de la comunidad indígena no se hizo presente en la audiencia convocada para tal fin por el Juez de Control de Garantías, y por tanto sus argumentos no pudieron ser escuchados. Por esta razón la Sala puntualizó en su providencia que “pese a no haberse presentado el Gobernador Indígena a la audiencia realizada ante el Juez de Control de Garantías a exponer los argumentos para que le fuera

asignado el conocimiento del sub examine, la Sala resolverá el mismo, en consideración a los documentos aportados por el mismo al proceso penal”.

3. Así, quedó claro, siempre según la entidad accionada, que “basta observar la providencia cuestionada, y particularmente la conducta procesal asumida por el Gobernador del resguardo, para concluir que los tópicos presentados hoy con el recurso de amparo no fueron ventilados ante las instancias judiciales ordinarias, por lo tanto la parte actora dejó cerrar los escenarios naturales donde debió debatir tales problemas jurídicos”. Y finalmente señaló “por tanto mal puede el extremo demandatorio acudir ahora a éste mecanismo constitucional de amparo a proponer criterios de interpretación no alegados en la oportunidad procesal respectiva (...) pues no puede considerarse la acción de tutela como una instancia adicional, proceder que desfigura su naturaleza residual”.

1. Pruebas pertinentes allegadas al proceso

1. Mediante auto proferido el día nueve (9) de marzo de dos mil once (2011), Sala Jurisdiccional del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca solicitó la práctica de pruebas documentales y testimoniales por considerarlas pertinentes para esclarecer los hechos planteados en la acción de tutela. Entre las pruebas documentales solicitadas y allegadas al proceso se encuentran:

a. Pruebas documentales

Informe por parte del Alcalde del municipio de Riosucio sobre la composición, autoridades y condiciones del resguardo, y sobre la pertenencia del acusado al mismo

La alcaldía municipal de Riosucio informó que el Señor “Anselmo” se encuentra debidamente censado como integrante del resguardo La Montaña. En cuanto a la composición del resguardo, anotó que ésta “se puede establecer a partir de dos componentes, uno la existencia del pueblo Embera-Chami que vive en las 57 comunidades del territorio del resguardo (...) El otro, es la forma de gobierno propio constituido por un Gobernador principal y suplente, elegido popularmente cada año, con una Junta Directiva, un Consejo de Gobierno

constituido por los ex-gobernadores como órgano de asesoría y en la base la Asamblea de Cabildos, compuesta por los representantes de las comunidades, llamados cabildantes”.

Señaló además que “El resguardo conserva una visión propia compuesta a partir de la integración indígena-naturaleza y territorio, con una cultura basada en una religiosidad especial (...) Es importante la presencia de la medicina tradicional, no solamente para sanar, sino como uno de los factores para reparar la armonía rota cuando un comunero infringe la costumbre y afecta a la familia y a la comunidad”. Finalmente, frente al contacto del resguardo La Montaña con la comunidad mayoritaria añadió que éste “se da a través de la demanda de servicios de salud subsidiarios cuando se agota la medicina tradicional y en general en asuntos de comercio”.

Informe por parte del Instituto Colombiano de Antropología e Historia con sede en Bogotá sobre las condiciones del Resguardo Indígena Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, y en particular sobre “si existe interacción entre éste y la sociedad Nacional y Local”

El Instituto resaltó el origen colonial del resguardo La Montaña e indicó que se trata del escenario de “una larga historia de conflictos entre indígenas y criollos locales”. La interacción entre la comunidad indígena de la Montaña y la población criolla habría empezado, según el Instituto, en la colonia temprana, “compartiendo territorios, formas de explotación y trabajo, acomodándose a las dinámicas de tenencia de tierra, religión y organización social”. Señaló además que “Durante el siglo XIX los indígenas de La Montaña también participaron en la política regional” y en el año 1960 les fue concedida la devolución de su resguardo pues en 1943 había sido fragmentado mediante la titulación particular del territorio.

La reconstrucción de la historia del resguardo La Montaña es pertinente por cuanto demuestra –en opinión del Instituto- que “los indígenas del resguardo de La Montaña no solo tienen relación con la sociedad nacional, sino que han sido parte central de su configuración en la región; ellos hacen parte de la sociedad nacional, ayudaron a darle su forma actual en esa región, sin por ello dejar de ser indígenas”.

En cuanto a las formas propias de justicia del resguardo referido, el Instituto indicó: “Podemos decir que el resguardo de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña tiene un activo proceso de justicia propia en cabeza del consejo de mayores, y en permanente

comunicación con toda la comunidad. Su justicia se caracteriza por la búsqueda de resocialización de la o del comunero perteneciente al resguardo que haya cometido infracción o delito contra ésta o uno de sus integrantes”. Y continúa “Tal resocialización se da a través de penas que, en la mayoría de los casos, no implican la privación de la libertad, sino el trabajo para resarcir los daños a los afectados, así como trabajo para la comunidad. En caso de delitos más graves, como homicidios y violaciones, los condenados cumplen penas dentro de un centro de resocialización ubicado en el resguardo indígena de San Lorenzo, vecino al de la Montaña. Tal institución no funciona como una cárcel ordinaria pues, aunque se le priva de la libertad a los condenados, tienen actividades dirigidas a la reintegración de la persona a su comunidad”.

Finalmente, el Instituto reflexionó en los siguientes términos sobre el valor que se otorga al mayor o menor grado de aislamiento o interacción de las comunidades indígenas con la comunidad mayoritaria como sustento para la toma de decisiones relacionadas con indígenas: “En algunos casos la jurisprudencia relacionada con el reconocimiento de los diferentes derechos de las comunidades indígenas ha expresado su vocación culturalista, esto es, considerar que las comunidades indígenas lo son en términos de conservación de ciertos atributos esenciales a su condición étnica asociados con un supuesto aislamiento o no de la sociedad nacional. Ello, sin tener en cuenta los permanentes cambios que operan en estas características por dinámicas internas y externas, sin que ello se modifique necesariamente el tipo de organización social dentro de la que sus miembros se autoidentifican como indígenas (...)”. Para el caso en comento, el Instituto insistió en que “su interacción [del Resguardo La Montaña y la comunidad mayoritaria] como vimos ha sido permanente y ello no ha obstado para que no hagan lo posible por preservar su organización de autoridades, sus vínculos comunitarios y alrededor de ello construyan su autoidentificación como indígenas”.

Informe por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y de Justicia

La Dirección identificó al resguardo La Montaña como un resguardo de origen colonial y confirmó que el gobernador es el Señor Juan de Dios Taborda Taborda. Como espacios de interacción entre el mencionado resguardo y la comunidad mayoritaria nombró (i) la adopción de medidas cautelares a favor del Pueblo Indígena Embera Chamí solicitadas por la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 15 de marzo de 2002, (ii) el acatamiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009 relativas al Programa de Garantías y Planes de Salvaguarda, y (iii) la destinación de recursos estatales para la construcción de la Casa de Justicia de Riosucio. Finalmente, informó que “en las bases de datos [de la Dirección] no se encontró archivos en los que conste normatividad escrita que regule las relaciones sociales al interior del Resguardo Indígena de Nuestra Señora Candelaria de la Montaña, por lo que se presume que son normas consuetudinarias 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; esto atendiendo al principio de la Diversidad Étnica y Cultural”.

Informe por parte de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

La Organización empezó por resaltar que “nuestras comunidades [indígenas] son las titulares de la autonomía donde se genera el derecho propio y los sistemas de gobierno”. En esa medida, continúa la ONIC, “La comunidad que integra el Resguardo Nuestra Señora Candelaria de la Montaña (...) tiene sus autoridades tradicionales, quienes ejercen autoridad, gobierno y administran justicia de forma autónoma”. Más adelante, la ONIC reconoció la existencia de una instancia que funge como “operador de justicia” al interior del resguardo La Montaña, pero - puntualizó - “no conocemos a fondo las conductas que sancionan ni los procedimientos que aplican dentro de su territorio. (...) al interior de los pueblos existen muchas comunidades, en donde se presentan variantes de estos sistemas, lo que explica que la ONIC no pueda conocer todas las prácticas y variantes del ejercicio de la justicia propia, que en su mayoría son orales y consuetudinarias”.

a. Prueba testimonial

Declaración del señor Juan de Dios Taborda Taborda, gobernador del Resguardo La Montaña

El Señor Taborda afirmó conocer al Señor “Anselmo” en tanto agricultor de la comunidad que representa y añadió que “está censado en mi resguardo desde años, unos diez años o más (...)”. Confirmó además que el Señor “Anselmo” estaba domiciliado en el resguardo La Montaña al momento de los hechos que dieron origen al proceso penal en su contra y

manifestó que el resguardo goza de servicios públicos domiciliarios y acceso a los medios de comunicación.

Preguntado sobre la existencia y aplicación de derecho propio en su comunidad, respondió: “Si, nosotros si tenemos el derecho propio y desde el derecho consuetudinario nosotros tenemos como aplicar justicia también, y el procedimiento de acuerdo a nuestras costumbres y usos y donde se tiene en cuenta la víctima para prepararla y normalmente nosotros por Ley 21 de la misma Constitución nos marca la forma de aplicar justicia en el caso (...) se lleva al que comete una falta grave a pagar en trabajos forzados, arreglando caminos, en las mismas mingas, hay que llevarlo a armonización con los médicos tradicionales (...) el cabildo dice si hay que alejarlo de la familia donde cometió el delito cual fuere”. En cuanto a la existencia de centro de resocialización para indígenas infractores, el señor Taborda respondió “Mi resguardo no lo tiene, pero el Cabildo de San Lorenzo Caldas, si lo tienen y son quienes nos prestan el servicio a nosotros en caso de requerirlo”.

Reconoció al Señor “Anselmo” como miembro de la comunidad del Carmen, perteneciente al resguardo La Montaña, y residente en la misma al momento de los hechos. Señaló además que el resguardo cuenta con servicios públicos, telefonía celular y acceso a los diferentes medios de comunicación. Sobre la existencia de justicia propia, la Señora “Elsa” respondió: “cuando un comunero comete algún delito, son castigados conforme a las costumbres indígenas. Pero siempre son castigados, como lo es alejarlos de la familia, ponerlos a trabajar jornadas forzadas en los caminos o hacer actividades por varios días y con jornadas altas como castigo”. Y agregó “lo único que quiero es que lo suelten y le den este caso a la parcialidad a la cual pertenecemos ya que ellos son los competentes para conocer su castigar a mis esposo si fue que cometió algún delito”.

Declaración del Señor Benjamín Taba Molina, Concejal del Municipio de Riosucio y Segundo Gobernador del Resguardo Indígena de la Montaña.

Dijo conocer al Señor “Anselmo” como miembro del resguardo La Montaña y residente en la misma comunidad al momento de los hechos. Sobre la existencia de justicia propia, el Señor Taba Molina expresó: “El Resguardo Indígena de la Montaña tiene una comisión de justicia propia que se tiene mediante usos y costumbres aplicando el artículo 246 de la Constitución Política, siempre y cuando no sea contrario a la Ley como se ejerce (...)”. En cuanto a las

formas procedimentales empleadas por el derecho propio precisó que “[la aplicación del Derecho propio] se inicia con el llamado de atención, el comunero se presenta a la comisión de justicia mediante citación que hace el secretario de la comisión, si el comunero no se presenta, la guardia indígena está en deber de hacerle la captura y se inicia el procedimiento con los médicos tradicionales en un ritual de armonización (...) luego de esto se tiene la oportunidad de escuchar a las dos partes (..) se hace un proceso de concertación entre las dos partes en el cual se comprometen, el comunero que afectó a la otra persona debe comprometerse a trabajos comunitarios (...) si el caso amerita reclusión (...) entonces se tiene una cárcel de rehabilitación en el resguardo indígena de San Lorenzo, en donde se tiene preso al comunero y se capacita”.

1. Fallo de primera instancia

1. Mediante fallo proferido el día dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca decidió denegar por improcedente la acción de tutela “al no haberse detectado vulneración alguna de los Derechos Fundamentales del accionante y sus coadyuvantes”. En consecuencia, dejó en firme la decisión adoptada el quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010), y ordenó al Juez Penal del Circuito de Riosucio (Caldas) emitir de forma inmediata las acciones necesarias para la protección especial de la menor presuntamente agredida por considerar que se encuentra en alto grado de vulnerabilidad.

2. En cuanto a la violación del derecho al debido proceso, al derecho de defensa, a la igualdad, a la diversidad étnica y a la jurisdicción indígena, el Consejo Seccional de la Judicatura encontró que la sentencia cuestionada “se efectuó dentro del rigor normativo y aplicando la autonomía judicial, al sopesar dos aspectos constitucionales relevantes en este asunto, como lo son el Derecho a la Jurisdicción Especial Indígena y el Derecho Fundamental de los niños (...) que a la postre fue la que sirvió de soporte para que el órgano natural de orden constitucional estatuido para dirimir esta clase de conflictos se inclinara en la ponderación normativa referida para adoptar la decisión que en su sana crítica la llevó a emitir la definición de competencia a favor de la Jurisdicción Ordinaria (...) sin que ello constituya bajo ningún precepto vulneración de garantías constitucionales en contra de los

accionantes". Así, la Sala consideró que "no le asiste razón al accionante para afirmar que se le ha vulnerado garantía constitucional alguna".

3. Consideró además que los argumentos esgrimidos por el accionante "son posturas de inconformidad al no haberse aceptado los argumentos aducidos dentro de la solicitud presentada para dirimir el conflicto de competencia por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, quien obró con la autonomía e independencia que la función jurisdiccional exige; pero eso sí respetando los derechos básicos fundamentales de los accionantes".

4. En cuanto a la importancia de los Derechos de los Niños frente al Derecho a la Jurisdicción Especial Indígena, señaló que "le asiste la razón al Consejo Superior de la Judicatura en su Sala Jurisdiccional Disciplinaria al haber dirimido el conflicto de competencias aquí estudiado a favor de la Jurisdicción Ordinaria atendiendo la gravedad del delito y por ser la víctima un infante". Adicionalmente, acoge el argumento de la Corporación accionada según el cual el mecanismo constitucional de amparo no puede usarse para reabrir debates ya clausurados en debida forma, y menos presentando razonamientos que no se expusieron ante los jueces ordinarios. En este sentido, señaló que "(...) no le es dable [a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura] realizar un examen exhaustivo del material probatorio en este estadio de tutela, pues, como claramente lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional, las diferencias de criterio en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos, como causal de procedibilidad del Recurso de Amparo".

5. Frente a las pruebas ordenadas dentro del proceso, adujo que éstas "nos demuestran que los integrantes de dicho resguardo se encuentran bastante occidentalizados, pues cuentan con todos los servicios tecnológicos existentes (...) lo que a la postre nos lleva a entender que el procesado dentro del asunto que dio origen a esta Tutela es una persona que comprende claramente el contenido de la prohibición de producir conductas graves, tales como los actos sexuales abusivos con menores de catorce años y sus consecuencias (...) por lo que no se le estarían vulnerando el principio de Legalidad y Tipicidad al ser Juzgado por la Jurisdicción Ordinaria, ya que no sería inimputable".

1. Finalmente, la Sala consideró relevante el grado de desamparo y vulnerabilidad en que se encuentra la víctima. A este respecto dijo: “nótese que ha sido manipulada para que coadyuve la petición de remisión del proceso penal ante la Jurisdicción Especial Indígena por su propia progenitora, lo que denota el grave riesgo y vulnerabilidad en que la niña “Gina” se encuentra”. Así, el hecho de que la menor en cuestión haya firmado un documento en el cual solicita que su presunto agresor sea juzgado por la Jurisdicción Especial indígena es interpretado por la Sala como una muestra de que la Señora “Elsa”, madre de la niña presuntamente abusada, pretende proteger al Señor “Anselmo”, su esposo y padrastro de la menor. Por tanto, concluyó que la menor se halla en estado de desprotección y que “no es posible que el presente proceso sea trasladado a la Jurisdicción Especial Indígena y por el contrario debe seguir adelantándose por la Jurisdicción Ordinaria, como hasta ahora ha venido ocurriendo, a efecto de garantizar el principio de Imparcialidad y Eficacia de los Derechos de “Gina”.

1. De la impugnación

1. Fallo de segunda instancia

1. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en pronunciamiento de diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011) decidió modificar la decisión de primera instancia en el sentido de declarar la improcedencia de la acción constitucional instaurada por el Gobernador del resguardo La Montaña.

2. Recordó la Sala que la Corte Constitucional “de tiempo atrás viene insistiendo en la necesidad de entender que la acción de tutela no puede convertirse en el mecanismo para subsanar los errores generados por los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos”. En este sentido, para la Sala es claro que el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela limita las posibilidades de acudir a ella para subsanar errores que se presentaron durante el proceso y que no fueron subsanados en las instancias establecidas para ello. En otras palabras, considerar que la acción de tutela es el mecanismo adecuado para subsanar la incuria o negligencia equivale a convertirla tutela en sustituto de todos los demás medios

procesales.

3. Teniendo en cuenta las causales de procedibilidad de la acción de tutela, en el presente caso no se habrían agotado las exigencias del principio de subsidiariedad puesto que –siempre según la Sala– “el actor acude a la acción de tutela para plantear argumentos que debieron ser sustentados en las instancias judiciales ordinarias, pues tal y como lo refiere el Presidente de ésta Corporación en la respuesta a la acción de tutela “la Sala asumió el conocimiento del asunto como una definición de competencia al no contar con los argumentos del representante de la comunidad indígena””. Por ello, para el caso en cuestión la Sala estimó que “si el Gobernador Indígena Juan de Dios Taborda Taborda negligentemente dejó de acudir a la audiencia prevista ante el Juez con Funciones de Control de Garantías en la que tendría la oportunidad de plantear los argumentos para que le fuera asignado el conocimiento del asunto, mal puede ahora acudir a la acción de tutela para efectuar exigencias en el mismo sentido”.

1.1.9. Pruebas decretadas en sede de revisión

Con el objetivo de obtener elementos de juicio suficientes para decidir en los asuntos de la referencia, la Sala decretó diversas pruebas pretendiendo informarse sobre las características del derecho propio que opera en el resguardo La Montaña; el estado actual del proceso penal adelantado contra el señor “Anselmo” en la jurisdicción ordinaria; y las posiciones e intereses de las personas involucradas en este trámite.

Intervención del Gobernador del resguardo La Montaña

Preguntado sobre los principios que rigen la aplicación del derecho propio en el resguardo La Montaña, el Gobernador de dicho resguardo indicó que “son los mismos [principios] que informan la vida de comunitaria del pueblo Embera-Chami del resguardo de Nuestra Señora Candelaria de La Montaña, cuales son, la vida, el territorio colectivo y el medio ambiente, que se reflejan en la protección de la integridad física y mental de todos los comuneros, en íntima integración con la naturaleza”.

En relación con la sexualidad de los menores al interior de la comunidad, precisó “(...) cuando se agrede o intenta agredir a un niño o niña de nuestra Parcialidad, la sanción tiene un mayor peso correccional, tanto en la imposición de medidas personales como sociales o

colectivas”. Y añadió “Existe consenso cultural sobre la prohibición total de inducir, a una niña o niño indígena, en cualquier práctica de carácter sexual. Es aceptado que alrededor de los 14 años las menores opten por constituir una familia y tener descendencia, porque se considera que a esa edad los jóvenes ya pueden participar en la vida comunitaria organizativa”.

En cuanto a la existencia de casos anteriores en los cuales los miembros del resguardo hayan sido juzgados por el abuso de menores, el Gobernador señaló: “Son muchos los casos que hemos juzgado internamente (...). La integración indígena-naturaleza lleva a otro principio fundamental que es la armonía que existe entre estos seres vivos y entre los comuneros indígenas entre si. En esta relación comunitaria y social son sujetos de mayor protección los niños y los ancianos. Cuando se desconocen las prohibiciones culturales de afectar al ser más débil de la relación (...) se activan los mecanismos internos de protección al niño y sanción al infractor”.

Sobre el procedimiento aplicable en los casos relacionados con la afectación de la integridad sexual de los menores, el gobernador explicó: “El procedimiento aplicable tiene un primer espacio preventivo donde se busca proteger al niño o niña y a su inmediato núcleo familiar, donde intervienen los médicos tradicionales para amainar de alguna manera el daño y el desequilibrio; simultáneamente, -y acorde en parte con el derecho positivo, para resguardar la prueba-, se envía al niño o niña afectado a medicina legal del hospital local para que dictamine el daño físico causado; cuando se considera indispensable se pide asesoría concertada con psicología”. En cuanto al tratamiento que recibe el infractor, aclaró que “se le aísla en uno de los predios del resguardo, habilitado como centro de reeducación, donde se dedica a labores agrícolas supervisado por las autoridades indígenas”.

Igualmente, expuso que la familia de la víctima participa a lo largo de todo el procedimiento en aras de buscar alternativas de sanación física y mental para el menor agredido, y de restablecer la convivencia con la familia del infractor. A este respecto, señaló: “Conocidas todas las circunstancias de la agresión, se convoca a una asamblea comunitaria de la comunidad del infractor y de la víctima donde se dan a conocer las pruebas presentadas y los asistentes pueden intervenir (...). Finalmente se toma la decisión, que si es de responsabilidad, se mantiene la restricción de la libertad por un periodo que va de 3 a 5 años, con la posibilidad de trabajar en actividades agropecuarias remuneradas para que

pueda seguir velando por su familia, se le somete a tratamiento continuo por parte de los médicos tradicionales, quienes se encargan de recuperar sus valores y principios comunitarios que le permitan retomar su vida familiar y social”.

En cuanto a la víctima, puntualizó que ésta “es rodeada del cuidado y afecto de su familia, la comunidad y las autoridades indígenas, incluidos los médicos tradicionales, quienes son fundamentales con sus conocimientos de la naturaleza y el manejo de la espiritualidad para finalmente restablecer la armonía”.

Citó además algunos casos conocidos por las autoridades tradicionales en los cuales ha resultado afectada la integridad sexual de un menor perteneciente a la comunidad. Sobre estos casos anotó, de manera general, que “La comunidad tiene interiorizado que el comunero que repita una conducta sexual agresiva contra una niña o niño será expulsado de su comunidad, sanción que hasta el momento no se ha aplicado puesto que los casos que se han resuelto han tenido éxito en la reintegración del infractor a la cotidianidad cultural”. Finalizó diciendo que, pese a que la justicia impartida por las autoridades del pueblo Embera-Chamí fue limitada por “la llamada conquista”, se trata de tradiciones que conservan su vigencia, puesto que se actualizan mediante la tradición oral y su ejercicio pasa por una institucionalidad y un control social mínimo dentro del resguardo.

Del proceso penal adelantado por la jurisdicción ordinaria

El Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento en Riosucio, Caldas, informó que emitió fallo condenatorio en contra del señor “Anselmo” por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado y en concurso en contra de la menor “Gina”. En consecuencia, impuso como pena principal 70 meses de prisión, “que purgará en el Establecimiento que para el efecto designa el INPEC” y la inhabilitación para el ejercicio de sus derechos y funciones públicas como pena accesoria por un periodo igual al de la pena principal. Además, determinó que el señor “Anselmo” no es acreedor a ninguno de los sustitutos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni de la prisión domiciliaria. Finalmente, remitió copia del fallo al ICBF “con el fin de que mantengan apoyo psicológico a la menor, pues se ha visto gravemente afectada por estos hechos”.

Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

La Sala solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) remitir informe sobre la situación de los menores en el resguardo La Montaña.

En su escrito, el ICBF informó haber asumido la protección de 14 niños y niñas, de los cuales dos fueron por delitos sexuales. El primero fue denunciado a la autoridad administrativa y al resguardo, “y se conoció que el agresor se fue del territorio sin que se alcanzara a judicializar” y el segundo caso es justamente el de la menor “Gina”. Preciso además que “De los casos asumidos para restablecer derechos de los niños y niñas de este Resguardo, solo uno fue remitido por ellos y los demás se atendieron por solicitudes de la comunidad, específicamente en delitos sexuales ningún caso ha sido remitido por el Resguardo”, y agregó “Es de notar que en la mayoría de los casos con situación de vulnerabilidad y reintegro familiar, el Resguardo apoya o acompaña los seguimientos”.

En cuanto a los delitos sexuales, el ICBF se refirió al procedimiento seguido por el resguardo La Montaña en los siguientes términos: “La Comisión de Justicia Propia recibe la denuncia, el coordinador de esta área desarrolla una investigación a través de entrevistas a la víctima, a su familia, a amistades y vecinos de la víctima y el agresor, durante los últimos periodos remite a medicina legal para valoración de la víctima y procede a definir el castigo, que generalmente es el trabajo en fincas o remitirlo al centro de reclusión del resguardo indígena de San Lorenzo, con quienes tienen convenio cuando cuentan con recursos; en caso de que haya apelación, el caso lo revisa la Junta Directiva del Resguardo y si nuevamente hay oposición el caso lo revisa el Consejo de Gobierno. En ocasiones este Resguardo remite a la justicia ordinaria casos puntuales, dependiendo de diferentes circunstancias”.

Además, el ICBF se refiere a los asuntos relacionados con el restablecimiento de derechos de los niños y niñas pertenecientes al resguardo y a la Comisión de Justicia propia. Sobre la integración de esta última, señaló: “(...) la comisión de justicia propia la integra el coordinador (que es un ex gobernador) y una secretaria, no cuentan con el personal que realice intervención a las víctimas y sus familias ni han solicitado este servicio al ICBF. Cuentan con un sistema de atención que están tratando de fortalecer y organizar, no poseen recursos económicos para implementar medidas o programas de protección a la niñez, las sanciones utilizadas a las personas que infringen la ley son de acuerdo a sus capacidades económicas y recursos institucionales, no necesariamente responden a una estructura de sistema de castigo coherente con el delito”

Sobre las medidas adoptadas para la protección especial de la menor “Gina”, el ICBF informó que, como medida para el restablecimiento de los derechos de la niña, se ordenó “entregar la custodia y cuidado personal al señor “Hugo”, tío de la niña por línea materna, así como el seguimiento de la medida por el término de seis meses”.Y agregó: “actualmente se encuentra en proceso de atención terapéutica con personal de la Fundación Lucerito”.

1.2. Expediente T-3120654

El Señor Nelson Uriel Romero Bossa, actuando como Defensor Público para Indígenas de la Defensoría del Pueblo – Regional Tolima bajo la figura de agente oficioso del Resguardo Indígena Chenche Socorro Los Guayabos (en adelante “resguardo Los Guayabos”) y del Señor “Víctor” interpuso Acción de Tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Jurisdiccional Disciplinaria con el fin de proteger los Derechos Fundamentales a la Jurisdicción Especial Indígena y al Debido Proceso presuntamente violados por esa Corporación con la decisión proferida el nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010) como consecuencia de los siguientes

1.2.1. Hechos

1. La señora “Amalia”, madre de la menor de nueve años “Ángela”, puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación que el Señor “Víctor” venía sometiendo a la niña “Ángela” a Acceso Carnal Abusivo. El Señor “Víctor” es el padre de la señora “Amalia” y por tanto el abuelo de la menor, que al momento de los hechos tenía 9 años de edad.
2. En escrito presentado el día veinte (20) de abril de dos mil diez (2010), el Gobernador del resguardo Los Guayabos solicitó el envío del proceso adelantado contra el Señor “Víctor” para darle trámite dentro de la jurisdicción especial indígena.
3. En audiencia preparatoria llevada a cabo el día seis (06) de mayo de dos mil diez (2010), el Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento del Guamo – Tolima decidió negar la petición formulada por el Gobernador del resguardo Los Guayabos por considerar que su despacho era competente para adelantar el proceso y remitió el asunto a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura con el fin de que esa superioridad definiera el conflicto de competencias planteado entre la Jurisdicción Indígena y Jurisdicción Ordinaria.

1.2.2. Decisión objeto de tutela

Mediante sentencia del día veinticinco (25) de mayo de dos mil diez(2010) el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, dirimió el conflicto de competencias a favor de la Justicia Ordinaria, representada por el Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento del Guamo - Tolima, fundamentándose en que “los derechos de los niños son de interés superior que los demás, pues tanto la Constitución, la Ley, y el Derecho Universal tienen establecida su protección de manera predominante”.

1.2.3. Escrito de Tutela

1. A juicio del Defensor Público para Indígenas, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura vulneró los Derechos Fundamentales a la Jurisdicción Especial Indígena y al Debido Proceso del acusado, incurriendo así en una vía de hecho. Fundamentó sus cargos en dos argumentos:

2. En primer lugar, el Consejo Superior de la Judicatura, en su sentencia, habría decidido a favor de la Jurisdicción Penal Ordinaria teniendo como fundamento la simple enunciación de la normatividad relativa a la Jurisdicción Indígena y a los Derechos de los menores lo cual, a su juicio, no constituye una verdadera argumentación. En sus palabras, la decisión “no explica de qué manera se estaría vulnerando el interés superior de la menor si la Jurisdicción Especial Indígena asume el proceso” de manera que carece de motivación.

3. En segundo lugar y en directa relación con lo anterior, el demandante considera errónea la interpretación del artículo 13 de la Carta que hace el Consejo Superior de la Judicatura, pues estaría fundada en el falso supuesto de que “la sola remisión del proceso a la Jurisdicción Especial Indígena implica dejar desamparados los derechos de la niña afectada y con esta errada concepción decide anteponer los derechos de la menor a los derechos del pueblo indígena a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural”. Y continúa “[el Consejo Superior de la Judicatura] basó su decisión en la ya muy revaluada concepción monista del derecho, en donde las únicas decisiones judiciales, aceptables, legales y válidas son las de la justicia Estatal”. Además, anota que si bien es cierto los derechos de los niños están por encima de los de los demás, lo que se discute en este caso no es la imposición de una

sanción o práctica cruel, inhumana y degradante a un menor de manera que la máxima del Consejo Superior de la Judicatura no sería pertinente.

1.2.4. Contestación del escrito de Tutela

1. En escrito presentado el día veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura argumentó que la acción de tutela no está llamada a prosperar al no presentarse ninguna de las causales establecidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para admitir la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales.

2. Al no constatarse, según la Sala, ninguna de las mencionadas causales, solo es posible pensar que el accionante hizo caso omiso del carácter excepcional de la tutela y acudió a ella como último recurso para intentar cambiar una decisión legítimamente adoptada. En palabras de la Sala: “(...) la acción de tutela de la referencia está construida en cuestionamientos de hechos que ya fueron analizados con seriedad y ponderación en el marco de las normas constitucionales y legales pertinentes, por tanto, no es posible que prospere esta acción en los términos planteados, principalmente si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional, a propósito de la acción de tutela contra providencias judiciales (...) ha afirmado que dicho mecanismo de protección no es una vía alterna ni un mecanismo para rectificar decisiones judiciales en firme, ni para desautorizar interpretaciones judiciales que se hacen dentro del marco de la autonomía y de la independencia propia de los funcionarios judiciales”.

3. Por otra parte, señaló que tratándose de un asunto en el cual el tema controvertido está estrechamente relacionado con garantías procesales mínimas, reabrir el debate afectaría negativamente la efectividad de la justicia y la seguridad jurídica. Y añade: “(...) el derecho de amparo no puede operar frente a providencias judiciales dictadas en el curso del conflicto de jurisdicción puesto que, de abrirse paso a tal eventualidad, se permitiría una espiral infinita de demandas de tutela enderezadas a quitarle firmeza a las decisiones que deben cumplirse antes de someterse a nuevo juicio”.

4. Finalmente, expuso que so pretexto de querer juzgar a uno de sus miembros, la

jurisdicción indígena no puede pretender por vía de tutela desconocer la competencia que le asiste a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para dirimir conflictos de competencia.

1.2.5. Fallo de primera instancia

1. Mediante fallo proferido el nueve (9) de diciembre de dos mil diez (2010), la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca decidió negar la acción de tutela interpuesta por el Defensor Público para Indígenas. En su providencia, la Sala recordó que la acción de tutela ha sido concebida como un procedimiento preferente y sumario para la protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuya procedencia está condicionada a que el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo cuando la tutela se utilice como mecanismo transitorio para remediar un perjuicio irremediable.

2. Tratándose de la procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, la Sala señaló que, si bien es cierto la tutela es en principio improcedente, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha condicionado su procedencia mediante un amplio desarrollo doctrinal de la vía de hecho. Uno de esos requisitos es -recapitula la Sala- el cumplimiento del requisito de la inmediatez: “el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores o se convierta en un factor de inseguridad jurídica”.

3. Si la tutela referida tuvo como fundamento la providencia dictada el día veinticinco (25) de mayo de 2010 por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, “no puede tenerse como un plazo razonable que ésta acción haya sido formulada el 11 de noviembre de 2010, es decir, más de cinco meses después de proferida”. Y añadió: “Siguiendo la línea jurisprudencial atrás reseñada de la Corte Constitucional, no se evidencia en este evento una justa causa que explique los motivos por los cuales no se haya formulado esta acción de tutela de manera oportuna, dentro de un término razonable, prudencial y adecuado, ni se infiere la ocurrencia de hechos nuevos que impongan la protección de los derechos fundamentales invocados”.

4. Así, concluyó que la vía de hecho no puede predicarse de la providencia cuestionada puesto que ésta fue proferida por el Consejo Superior de la Judicatura en ejercicio de sus competencias legales, con pleno respeto de las formas establecidas para tales efectos y respetando no solo los supuestos de hecho sometidos a su consideración, sino las normas reguladoras del caso y el precedente constitucional aplicable. El resultado de ese examen fue –argumentó la Sala- el otorgamiento de la competencia a la jurisdicción ordinaria en atención al carácter prevalente de los Derechos de los Niños. No se trata entonces de una decisión poco razonable pues “si la consagración de la jurisdicción especial indígena tiene como objetivo preservar sus usos y costumbres, y permitir que quienes no han asimilado los valores de la cultura mayoritaria puedan ser juzgados por sus pares, esa jurisdicción no sería aplicable en aquellos eventos en los que las víctimas son menores de edad”. Y finalizó “no puede decirse que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura hubiera incurrido en una vía de hecho judicial puesto que interpretó y aplicó las normas al caso controvertido en ejercicio de su autonomía funcional, sin que se evidencie que la interpretación que hizo de las mismas sea contraria a la Constitución o a la Ley o la Jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

1.2.6. Del escrito de impugnación

1. En escrito presentado el día seis (6) de diciembre de dos mil diez (2010), el Defensor Público para Indígenas impugnó el fallo proferido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, argumentando que “existe inmediatez en la presentación de la tutela”.

1.2.7. Fallo de segunda instancia

1. En pronunciamiento de diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011) la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura decidió modificar la sentencia impugnada y en su lugar, declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por el Defensor Público para Indígenas, fundamentándose en que, mientras la providencia cuestionada fue proferida el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010), la tutela fue interpuesta el once (11) de noviembre del mismo año, de manera que “el paso del tiempo ha demostrado lo innecesario de la intervención del juez de tutela por falta de apremio en el titular de los derechos invocados para buscar su protección”.

2. Recuerda la Sala que la Corte Constitucional ha considerado desde sus primeras sentencias que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad para la tutela, de modo que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable y oportuno. Dicho principio, agrega, aplica igualmente para el agente oficioso, pues otros principios pilares del Estado Social de Derecho, como la seguridad jurídica, no pueden quedar rezagados. Así, adujo la Sala, el transcurso de casi seis meses -5 meses y 15 días para ser exactos- entre la providencia cuestionada y la interposición de la tutela desconoce este principio, más aún teniendo en cuenta que, en su opinión, no existe un motivo válido para la inactividad del actor.

1.2.8. Pruebas decretadas en sede de revisión

Con el objetivo de obtener elementos de juicio suficientes para decidir en los asuntos de la referencia, la Sala decretó diversas pruebas pretendiendo informarse sobre las características del derecho propio que opera en el resguardo Los Guayabos; el estado actual del proceso penal adelantado contra el señor “Víctor” en la jurisdicción ordinaria; y las posiciones e intereses de las personas involucradas en este trámite.

Declaración del Señor Ángel Ignacio Yate Yara, gobernador del resguardo Los Guayabos al momento de los hechos

Reconoció como integrantes del resguardo Los Guayabos al señor “Víctor”, a la señora “Amalia” y a la menor “Ángela”. Sobre la presencia de servicios públicos y acceso a los medios de comunicación en el resguardo, informó: “existe no más sino la luz, teléfono, alcantarillado. el agua la cogemos de quebradas o aljibes”. En cuanto al derecho propio que se aplica en la comunidad, indicó: “En el resguardo hay unas reglas para castigarse cosas leves, como de multas, pero ya una cosa como ésta que se presentó con una menor de edad que comprometió la integridad sexual de la niña, no tenemos cárceles ni poner gente a que cuiden para controlarlo o vigilarlo”; y continuó: “Yo considero que debe ser la ley ordinaria la que controle esa pena, la Asamblea no me acepta que se lleven al preso al resguardo, porque ellos dicen que es un delito grave y que debe castigarse por la justicia ordinaria”.

Con base en la respuesta anterior, el señor Yate Yara fue preguntado sobre las razones que lo movieron a pedir el traslado del proceso a las autoridades tradicionales del resguardo Los Guayabos siendo gobernador del mismo al momento de los hechos. Al respecto, el señor Yate

Yara explicó: "(...) después de que hice esa solicitud, entonces la Asamblea del Resguardo no estuvo de acuerdo (...) ellos quieren que continúe con el trámite ordinario y como ha pasado en los demás resguardos, considero que es mejor que se ventile el caso por la jurisdicción ordinaria"

Declaración de la Señora "Amalia", madre de la menor "Ángela"

La Sala comisionó al Juzgado Penal del Circuito con funciones de conocimiento en el Guamo, Tolima, para recibir la declaración de la señora "Amalia", madre de la menor supuestamente abusada.

Preguntada sobre su relación con el señor "Víctor", presunto agresor de la niña "Ángela", y sobre los hechos que dieron origen al proceso penal, la señora "Amalia" respondió: "Sí lo conozco, porque él es mi padre, antes de los hechos vivía en una vereda de Buenos Aires de Coyaima, y los hechos ocurrieron en el corregimiento de Castilla, donde yo vivo con mi familia, él venía a hacerle visita a mi mamá que era la que vivía en Castilla y ahí fue donde aprovechó para hacer lo que hizo con mi hija. Porque mis padres tuvieron problema y se separaron, pero él siempre venía a ver a mi mamá". Sobre este hecho en particular, precisó que: "él [el señor "Víctor"] cometió un error con mi hermana menor y lo siguió haciendo con mi hija (...) ese abuso que mi padre tuvo con mi hermana fue lo que originó la separación de mis padres"

Sobre la interacción entre el resguardo Los Guayabos y la comunidad mayoritaria, la señora "Amalia" informó que "En la vereda Buenos Aires donde permanecía mi papá (...) no hay Internet, televisión no hay, me refiero a donde vive mi papá, porque en la vereda en general sí hay televisión, Internet, radio para escuchar música".

En cuanto al derecho propio que se aplica en el resguardo Los Guayabos, indicó: "cuando se comete un delito se sanciona a la persona, los ponen a trabajar en los proyectos que vengan o que solicite la comunidad allá (...) no hay sitio de reclusión (...) en trabajo se castiga". Y agregó: "(...) han pasado muchos casos de violación de menores, pues el Cabildo no demandan y yo fui la única persona que demandé a mi padre por haber cometido ese delito en contra de mi hija (...). Yo estoy de acuerdo que a mi padre lo castigue la justicia ordinaria (...) no estoy de acuerdo que lo dejen a disposición de la justicia indígena porque ellos no van a estar en vigilancia continua de él y entonces se puede venir a Castilla nuevamente y

cometer otro error”. Finalizó diciendo: “como éste es el primer delito que se ha cometido en el Cabildo contra menores, no conozco las sanciones ni cómo se castigan, ni conozco si hay códigos, leyes o reglamentos”.

Del proceso penal adelantado por la jurisdicción ordinaria

El Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento en el Guamo, Tolima, informó a esta Corporación que adelantó proceso penal contra el señor “Víctor” por la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado. Dicho proceso culminó con fallo condenatorio proferido el 16 de agosto de 2011 en contra del señor “Víctor”, siendo la pena principal 16 años de prisión y la pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un periodo igual al de la pena principal. Así mismo, fueron negadas la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria, ordenándose hacer efectiva la pena principal en forma física dentro del establecimiento penitenciario y carcelario designado por el INPEC.

Dicho pronunciamiento fue objeto del recurso de apelación interpuesto por el señor “Víctor”; sin embargo, ante la falta de sustentación del recurso por parte del accionante, éste fue declarado desierto y el procesado quedó a disposición de la Secretaría del Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima, en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario Picaleña de Ibagué.

Intervención del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar

Sobre la situación de los menores en el resguardo Los Guayabos, el ICBF resaltó que no se han atendido casos de violencia sexual en esa zona.

Señaló además que se han realizado intervenciones de manera preventiva con la implementación de hogares comunitarios, que buscan prevenir la violencia intrafamiliar. Sobre el programa de hogares comunitarios, agregó: “el objeto del hogar comunitario, en el cual se atienden 14 niños y niñas de la comunidad indígena, es brindar atención a la primera infancia, en especial a los niños de familias en situación de vulnerabilidad económica, social, cultural y psicoafectiva buscando la garantía de sus derechos”.

Igualmente, destacó la labor de prevención y acompañamiento que realizan los comisarios de

familia en todos los municipios del área, incluyendo el municipio de Coyaima, con el fin de brindar atención y protección especial a la niñez, la adolescencia y la familia.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. Además, por haber sido seleccionadas para su revisión por la Sala de Selección Número Siete el dieciocho (18) de julio de dos mil once (2011).

Problema jurídico planteado

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si la autoridad judicial accionada vulneró los derechos fundamentales (i) a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas de los resguardos La Montaña y Los Guayabos; y (ii) al debido proceso (juez natural) y a la diversidad cultural de los señores “Anselmo” y “Víctor”, al proferir el fallo que dirimió el conflicto de competencia surgido entre las autoridades tradicionales de los mencionados resguardos y las autoridades del sistema jurídico nacional, especialidad penal, con ocasión de hechos ocurridos en los resguardos referidos en los cuales habría sido vulnerada la integridad sexual de las menores indígenas “Gina” y “Ángela” por parte de los señores “Anselmo” y “Víctor”, respectivamente. El primero es un miembro adulto del resguardo La Montaña y el segundo es un miembro adulto del resguardo Los Guayabos.

Para resolver el problema planteado, la Sala dividirá su análisis en dos partes: en la primera parte (I), la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) el interés superior del menor, (ii) la importancia de la diversidad, la integridad étnica y la autonomía de las comunidades indígenas como principios consagrados en la Constitución de 1991; (iii) los criterios para solución de conflictos que puedan presentarse entre la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos individuales de sus miembros; (iv) los elementos

determinantes en la competencia de la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena.

En segundo lugar, (II) la Sala pasará a resolver los casos concretos dentro del marco jurídico planteado.

Solución al problema jurídico

1. Aspectos relevantes en la resolución de casos relacionados con la afectación de la integridad sexual de los menores indígenas

1.1. El interés superior del menor y la especial protección a la niñez en el orden jurídico interno. Reiteración de jurisprudencia.

El alcance y contenido de los principios de especial protección a la niñez e interés superior del menor ha sido materia de reflexión en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en numerosas ocasiones. Esto con el objetivo no solo de definir el alcance de diversas cláusulas constitucionales, sino de reiterar las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el marco del derecho internacional de los Derechos Humanos en cuanto a los menores.

En el derecho interno, el artículo 44 Constitucional resume el carácter prevalente de los derechos de los menores en la máxima “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. Esta premisa hace de los derechos de los menores un recurso interpretativo obligado en la resolución de conflictos entre particulares, al tiempo que los reafirma como origen y finalidad en la formulación y desarrollo de políticas públicas relacionadas con el tema. Este artículo contiene, además, la enumeración de los derechos de los niños (inciso 1°) elevados a la categoría de fundamentales y por la misma razón susceptibles de protección mediante la acción de tutela; y el establecimiento de los deberes de asistencia y protección en cabeza del Estado, la familia, y la sociedad en general (inciso 2°) con el fin de materializar dicho conjunto de derechos.

Frente al contenido del artículo 44 y en directa relación con la integridad sexual de los menores, esta Corporación ha establecido:

“Adicionalmente, tales incisos primero y segundo del comentado artículo 44 contienen varias referencias expresas a la protección contra toda forma de violencia o abuso sexual y a la necesidad de garantizar el desarrollo armónico e integral del niño, los cuales no sólo

habilitan, sino que además obligan al Estado y a los demás entes comprometidos en la protección de la niñez, a adoptar medidas efectivas para prevenir y luchar frente a esos fenómenos y procurar, en toda la extensión que ello sea posible, la rehabilitación de los menores que hayan sido víctimas de ellos”²

Adicionalmente, el artículo 44 de la Constitución es fiel reflejo del espíritu de diversos instrumentos internacionales ratificados por Colombia, todos ellos con el objetivo común de hacer del desarrollo armónico e integral de los menores y del pleno ejercicio de sus derechos un fin prioritario del Estado. Entre los instrumentos internacionales pertinentes es oportuno citar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en cuyo artículo 19 se lee: “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”; y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 3.1 señala “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”, y en su artículo 3.2. “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 estándares normativos internacionales en materia de protección al menor y el alcance del artículo 44 constitucional constituyen dos pilares fundamentales del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). Así, los artículos 4 y 6 del Código establecen que el mismo está compuesto de normas de orden público y de carácter irrenunciable, y que los instrumentos internacionales de derechos humanos son parte integral del código y constituyen directrices válidas para su interpretación y aplicación. Además, el artículo 9 consagra la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes en caso de entrar en conflicto con los derechos de otras personas.

La especial protección constitucional de los menores tiene también raigambre jurisprudencial. Desde sus primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte razonó sobre la evolución de la noción de “interés superior del menor” y concluyó que los menores han dejado de ser actores sociales periféricos para convertirse en personas cuyo desarrollo

merece especial atención por parte del Estado, la familia y la sociedad. Si antes su participación en la vida jurídica estaba limitada a los pocos actos que podían realizar a través de su representante, ahora los niños, niñas y adolescentes son observados desde una nueva óptica que los sitúa en el centro mismo del orden jurídico.

Abordar al menor desde esta nueva perspectiva, justificada “tanto desde una perspectiva humanista - que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo”⁴, implica no solo reconocer una caracterización jurídica específica para el niño⁵, sino ahondar en el carácter relacional del interés superior del menor. Esto significa que el interés superior del menor sale a flote siempre que los intereses de éste entren en conflicto con los intereses de terceros, y se comporta como un principio rector en el ejercicio de ponderación sobreveniente⁶.

Ahora bien, teniendo como punto de partida el carácter relacional del interés superior del menor, es claro que la prevalencia de sus derechos no debe entenderse como un mandato abstracto de aplicación mecánica, sino que debe examinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso. Es por eso que esta Corte ha precisado que los jueces de tutela que conocen de casos que involucran a menores de edad deben orientar sus decisiones hacia la materialización plena del interés superior de cada niño individualmente considerado, atendiendo especialmente (i) los criterios jurídicos relevantes del caso concreto y (ii) ponderando cuidadosamente las circunstancias fácticas que lo rodean⁷. Eso explica que las posibles vulneraciones a la integridad sexual de menores indígenas al interior de sus comunidades hayan sido objeto de un desarrollo jurisprudencial específico.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha hecho énfasis en que “la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena”⁸. Esto significa que, si bien las decisiones del juez constitucional relacionadas con la integridad sexual de los menores son expresión de la lucha que libra el Estado desde la administración de justicia para salvaguardar la integridad, la salud y la supervivencia del menor, cuando se trata de menores indígenas esta lucha no puede librarse en términos que excluyan la diversidad. En otras palabras, el juez constitucional no puede perder de vista el hecho de que el menor indígena es, en sí, gestor de su propia cultura, por lo que la protección de sus

derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia.

1.2. Valor de la diversidad y justificación de la jurisdicción indígena en la Constitución de 1991. Reiteración de Jurisprudencia

El artículo 7 de la Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana. Lejos de ser una formulación retórica, se trata de un artículo lleno de contenido que pretende resarcir las injusticias históricas sufridas por algunos grupos sociales tradicionalmente discriminados, proyectando sobre el plano jurídico el deseo de defender el pluralismo como pilar fundamental del Estado Social de Derecho⁹. Así mismo, el artículo 70 de la Constitución recuerda la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y reconoce, a nivel constitucional, que la existencia de varias etnias y culturas dentro del territorio es un valor social susceptible de protección constitucional por tratarse de un elemento esencial en la conformación de la identidad colombiana¹⁰.

De ambos artículos se desprende la obligación, a cargo del Estado, de adoptar medidas de carácter positivo con el fin de derrotar injusticias históricas, y de otorgar protección a quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta como resultado de siglos de exclusión.

En el derecho internacional, el conjunto de principios constitucionales que enmarca las relaciones entre las diferentes culturas se manifiesta en el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”. Este convenio, cuyas disposiciones sobre los derechos de los pueblos y las personas indígenas han sido elevadas a rango constitucional en virtud de su pertenencia al bloque de constitucionalidad¹¹, se caracteriza por promover el respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, así como el reconocimiento de la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros. Así mismo, en relación con el autogobierno de los pueblos indígenas y la protección del territorio colectivo de los pueblos aborígenes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es fiel reflejo de la posición adoptada por la comunidad internacional y por la doctrina especializada en la materia, por tanto debe tenerse como una pauta de interpretación válida para el juez constitucional en casos relacionados con los

derechos de las personas y pueblos aborígenes¹².

Con fundamento en el marco constitucional expuesto, en la sentencia T-380 de 1993 esta Corporación reconoció que: (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos; y (iii), los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos¹³. Son dos las consecuencias normativas de este reconocimiento: en primer lugar, la acción de tutela es procedente no solo para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, sino también para la protección de los derechos de la comunidad; y en segundo lugar, las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades son elevadas a norma de derecho fundamental, con todos los atributos legales y políticos que ello supone.

Ahora bien, no debe perderse de vista que los principios mencionados entran constantemente en colisión con otros principios considerados fundamentales por la sociedad mayoritaria, principios que ostentan -también- el rango de normas constitucionales¹⁴. Para solucionar estas tensiones, la jurisprudencia ha establecido ciertos parámetros con el objetivo de establecer límites a la autonomía de las comunidades indígenas.

1.3. Criterios para solucionar tensiones en casos relacionados con la integridad étnica y la diversidad cultural así como para marcar límites a la autonomía de las comunidades indígenas. Reiteración de jurisprudencia

Procede la sala a reiterar los criterios generales sobre la solución de conflictos entre autonomía indígena y (otros) derechos fundamentales¹⁵.

1.3.1. Principios generales de interpretación.

a. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”. Este principio supone el carácter excepcional de las restricciones a la autonomía de las comunidades:

“En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio [de la autonomía de las comunidades] se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)”¹⁶.

Las restricciones son admisibles, de manera excepcional, cuando “(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”¹⁷. Esto significa que cuando un caso concreto exija ponderar la preservación de la diversidad étnica de la Nación frente a otros intereses, la autonomía de las comunidades podrá restringirse una vez se verifiquen las siguientes condiciones: “a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) [y] b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”¹⁸. Todo ello bajo el entendido de que sopesar la jerarquía de los intereses en pugna y la posible aplicación de medidas menos gravosas para la autonomía de las comunidades es un ejercicio de ponderación que debe realizarse a la luz de las características y atributos propios de cada comunidad¹⁹.

b. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”. La autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión²⁰.

c. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Enunciado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994. El punto de partida de este principio es la

constatación de que el mandato colonizador que marca la historia nacional no fue asimilado de manera uniforme y homogénea por las diferentes comunidades indígenas existentes en el territorio nacional, sino que es posible distinguir entre las culturas que resistieron el mandato de asimilación y aquellas que, por presiones de distinta naturaleza, cedieron hasta adoptar formas propias de la comunidad mayoritaria.

En el caso de los grupos especialmente permeados por las costumbres occidentales, sus actuaciones deberán guiarse en mayor medida por las leyes de la República en aras de la construcción de un marco normativo garantista de la seguridad jurídica y la estabilidad social al interior de esas comunidades:

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

Al constatar que este principio podría interpretarse como un beneplácito para desconocer la autonomía de las comunidades con bajo nivel de conservación cultural, la Corporación precisó, en la sentencia T-514 de 2009, que este principio no constituye una licencia que permite a los jueces proteger la autonomía de las comunidades indígenas de manera directamente proporcional a su grado de aislamiento. Al contrario, debe entenderse como un dispositivo de orden descriptivo sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos aborígenes y tribales, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la vida tradicional no acarrea necesariamente una disminución de la capacidad para decidir sobre asuntos fundamentales de la vida comunitaria²¹.

Ello significa que, si bien las decisiones de cada comunidad deben ser reconocidas independientemente de cuán permeado esté el derecho propio que las produjo en relación con el derecho mayoritario²², tratándose de comunidades cuyas costumbres muestran un alto grado de conservación, la aproximación del juez al derecho propio debe mostrarse prudente e informada por conceptos de expertos.

En palabras de la sentencia T-514 de 2009:

“La decisión de una comunidad indígena con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado, que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria”

(...)

“En ningún caso (...) está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas al derecho mayoritario -o viceversa- es de mayor entidad en el segundo caso”.

1.3.2. Límites a la autonomía de las comunidades indígenas.

La pregunta por los límites a la autonomía de las comunidades indígenas está directamente relacionada con el estudio del artículo 246 Constitucional. Este artículo reconoce la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas dentro de los límites impuestos por la Constitución y la Ley. Se trata, por supuesto, de una enunciación genérica, de manera que en respuesta a la exigencia de concreción latente en el artículo 246 la Corte ha establecido dos parámetros claves: (i) la escogencia de las disposiciones legales y constitucionales que efectivamente han de servir de límite debe estar guiada por los principios de diversidad y pluralismo jurídico; y (ii) los derechos fundamentales deben ser interpretados como mínimos necesarios para garantizar la convivencia pacífica.

En cuanto al primer parámetro, la Corte ha manifestado:

“Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente”²³.

En atención al principio de maximización de la autonomía, los límites solo pueden establecerse sobre la base de un consenso en torno a lo verdaderamente inaceptable desde la óptica de los derechos humanos, tratando siempre de que el mencionado consenso sea lo más incluyente posible respecto de todas las culturas existentes en el territorio²⁴. Como resultado, el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad en materia penal integran un verdadero “núcleo duro de derechos”²⁵ no susceptibles de ser desconocidos o limitados²⁶ esgrimiendo argumentos de tipo culturalista, sin olvidar que “la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso, debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos”²⁷.

En cuanto al segundo parámetro, vale la pena precisar que, si bien existe una tensión entre el principio de diversidad étnica y cultural y el sistema de derechos fundamentales que defiende la Constitución de 1991, esta aparente contradicción no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia armónica entre la comunidad mayoritaria y las diferentes culturas existentes en Colombia. Así, una estrategia para alcanzar dicha armonía consiste en definir los derechos humanos como dispositivos mínimos necesarios para garantizar la convivencia pacífica, definición cuyo punto de partida es el respeto de la dignidad de cada ciudadano. De esta forma, los actos que llevan a cabo las comunidades indígenas amparándose en su autonomía encuentran su límite en el respeto a la dignidad humana. A este respecto, esta Corte ha sostenido:

“[la Corporación] ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas, siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el

núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”²⁸

Así las cosas, los derechos anteriormente mencionados constituyen límites a la autonomía de las comunidades indígenas en una doble dimensión: como piezas que componen el “núcleo duro” de derechos humanos, incluyendo el principio de legalidad como garantía del debido proceso, y como mínimos necesarios para garantizar la convivencia social.

1.4. Aspectos fundamentales en la determinación de la competencia de la jurisdicción especial indígena y elementos estructurales del fuero indígena

Como se explicó anteriormente, la existencia de la jurisdicción especial indígena se deriva del artículo 246 Constitucional:

“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”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996, abordó por primera vez el tema y determinó que hacen parte del contenido de esa disposición: “(i) la facultad de la comunidad de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada”.

Así, el desafío que enfrenta el orden constitucional en relación con la jurisdicción especial indígena consiste en garantizar que una comunidad que cuente con los elementos (i) y (ii), es decir, con autoridades judiciales y procedimientos judiciales autóctonos bien definidos, pueda ejercer su autonomía aún en ausencia de una ley de coordinación (v), sin perder de vista que el sometimiento de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe conectarse armónicamente con los límites propios de la autonomía de los pueblos en tanto derecho fundamental. En respuesta, la Corte Constitucional ha ratificado que el Consejo Superior de la Judicatura es el juez natural para dirimir este tipo de conflictos²⁹, al tiempo

que se ha ocupado de precisar el alcance del artículo 246 Constitucional por estar en juego los derechos fundamentales de un grupo humano especialmente protegido³⁰.

a. El fuero indígena: elemento personal y elemento territorial

Los conflictos entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional fueron abordados por primera vez en la sentencia T-496 de 1996. En ese fallo la Corte señaló que el fuero indígena es la consecuencia jurídica del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas:

“(…) del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”³¹.

En el mismo pronunciamiento, la Corte resaltó que la identidad indígena del procesado no basta para poner en marcha el fuero indígena, sino que es necesario acreditar en el proceso la concurrencia de dos elementos: “uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.”

En principio, la concurrencia de ambos elementos justificaría que el indígena infractor sea juzgado por las autoridades de su comunidad. Sin embargo, en ausencia de uno de los dos elementos, la coordinación entre ellos debe determinarse -añade la sentencia-a la luz de criterios como el grado de aculturación del sujeto o el nivel de aislamiento de la comunidad, siempre bajo parámetros de equidad y razonabilidad y atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso. Así, en la determinación de la jurisdicción a la cual corresponde la competencia, una de las tareas más importantes del juez será “armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”

Como se estableció en la Sentencia T - 617 de 2010 en los siguientes cuadros se mostrará con claridad la noción del elemento personal y los criterios de interpretación que deberá

tomar en cuenta el juez cuando éste no concurre con el elemento territorial (Cuadro 1); y dos supuestos de hecho en los cuales concurre solamente el factor personal y las posibles conclusiones a las que podría llegar el juez (Cuadro 2):

Cuadro 1:

Elemento personal

Definición

Criterios de interpretación relevantes

El acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena.

a. La diversidad cultural y valorativa: “La diversidad cultural y valorativa se erige entonces como un criterio de interpretación ineludible para el juez, cuando el investigado posee identidad indígena o culturalmente diversa” Sentencia T-617 de 2010

b. Cuando un indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

Cuadro 2:

Elemento personal

Supuesto de hecho

Posible solución

1. El indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional

a. En principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta.

2. El indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena

b. Ya que en este caso la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión del carácter perjudicial del acto, el intérprete deberá tomar en cuenta (i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos.

El primer caso (1.a.), plantea dilemas interpretativos adicionales. Este caso supone un individuo no perteneciente a la comunidad mayoritaria cuyo derecho al fuero indígena solo será reconocido si se determina que al momento de desplegar la conducta no entendía la ilicitud de ésta, es decir, si incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa.

El deber de establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa corresponde entonces al funcionario judicial, quien deberá verificar si la conducta ilícita fue desplegada por una persona indígena cuya forma de entender el mundo determinó su actuar en alguna medida. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el fuero indígena producirá el efecto para el cual fue creado de modo que la persona debe ser puesta en manos de las autoridades tradicionales de su comunidad para su juzgamiento; de lo contrario, la persona deberá ser procesada y sancionada por la justicia

ordinaria.

El siguiente cuadro resulta útil para ilustrar las subreglas derivadas del primer caso:

Cuadro 3:

Caso: El indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el orden jurídico nacional por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece. (Ver: Cuadro 2, caso 1.a)

Criterio de interpretación: Para determinar si la persona tiene derecho al reconocimiento del fuero indígena, el juez de conocimiento debe establecer si incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa

Respuesta

Subreglas de interpretación

Posible consecuencia

a. Afirmativa:

El indígena sí incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa de manera que desplegó una conducta ilícita de forma accidental.

Su cosmovisión le impide entender la ilicitud de su conducta en el ordenamiento jurídico

nacional.

Se trata entonces de un individuo inimputable por diversidad cultural³², lo que en principio justifica su conducta pues habría incurrido en un error de prohibición; es decir, en un error derivado de su conciencia cultural y valorativa, de manera que no podría imponérsele un juicio de reproche desde el Estado:³³

El intérprete deberá considerar la posibilidad de devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica³⁴

b. Negativa:

El indígena no incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa.

El indígena entiende que su conducta es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional

La sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional³⁵.

De las anteriores consideraciones se perfilan como criterios orientadores útiles en la tarea de definir la competencia: (i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción.

Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica. Además, siempre que el juez conozca de casos que involucren la diversidad cultural, su actuación tendría la siguiente orientación:

“a) [perseguir] un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables”³⁶.

Vale la pena realizar algunas consideraciones adicionales sobre el elemento geográfico o territorial.

Junto al elemento personal, se trata de un elemento constitutivo del fuero que se deriva directamente del artículo 246 de la Constitución Política e indaga por la ocurrencia de la conducta dentro del territorio de una comunidad indígena, pues según este artículo la comunidad podrá aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial.

En relación con el factor territorial, la Corte señalen la sentencia T-1238 de 2004 que el territorio debe entenderse en términos de un verdadero ámbito territorial de la comunidad. Así mismo, consideró la posibilidad de un eventual “efecto expansivo” del territorio:

“[E]l territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, [sino también] vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo (...) El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades”. “Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente

conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria”³⁷.

De esta forma, el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas³⁸ y cuya titularidad deriva de la posesión ancestral por parte de estas, incluso por encima del reconocimiento estatal. Se trata entonces de una noción que no se agota en el aspecto físico-geográfico sino que abarca el aspecto cultural³⁹, lo que implica que, excepcionalmente, pueda tener un efecto expansivo. En consecuencia, una conducta punible que ocurre por fuera de los linderos que demarcan el territorio colectivo podría ser remitida a la jurisdicción especial indígena en virtud de sus connotaciones culturales⁴⁰.

El siguiente cuadro es útil para sintetizar los componentes del elemento territorial:

Cuadro 4:

Elemento territorial

Definición

Criterios de interpretación

Siguiendo el artículo 246 de la Constitución Política, las comunidades indígenas pueden ejercer su autonomía jurisdiccional dentro de los límites que demarcan sus territorios.

- a. La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura.
- b. El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo.

Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales.

b. Componente orgánico o institucional de la jurisdicción especial indígena y su influencia sobre los derechos de las víctimas y la protección del debido proceso del acusado

En la providencia T-552 de 2003, la Corte abordó la jurisdicción especial indígena a partir del respeto por el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas.

El fallo resaltó que si bien la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena son complementarios, su alcance y significado no es el mismo: mientras el fuero indígena es un derecho fundamental de la persona estructurado a partir de la concurrencia del factor territorial y personal que pretende proteger la conciencia étnica del individuo, la jurisdicción especial indígena se define como un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental, cuyo ejercicio por parte de las autoridades tradicionales depende de los múltiples criterios jurisprudencialmente establecidos por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura para delimitar la competencia. Uno de esos criterios es el fuero indígena.

Así, el fuero indígena, si bien ocupa un lugar primordial y constituye una garantía para las comunidades indígenas en cuanto a la protección de la diversidad cultural, no es el único factor determinante en la estructuración de la competencia ni tiene un efecto totalizador sobre la jurisdicción especial indígena. Los factores territorial y personal deben estar acompañados por toda una institucionalidad compuesta de un sistema de derecho propio que reúna los usos, costumbres y procedimientos tradicionales conocidos y aceptados en la comunidad. Estos constituyen, a su vez, un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso.

La importancia de verificar la existencia o no de una institucionalidad capaz de poner en marcha la jurisdicción especial indígena al interior de las comunidades radica no solo en la necesidad de garantizar el debido proceso para el acusado, que constituye, ya se ha dicho, un límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios⁴¹, sino en que es indispensable para realizar dos objetivos constitucionales concretos: la conservación de las costumbres e instituciones ancestrales empleadas por las culturas en materia de resolución de conflictos, y la satisfacción de los derechos de las víctimas⁴².

La satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de las comunidades indígenas constituye una arista más de la bien conocida tensión entre la defensa de la diversidad cultural y el establecimiento de un sistema de derechos fundamentales válido para todos los habitantes del territorio nacional sin discriminación de ningún tipo. Por eso, si bien los derechos de las víctimas albergan contenidos mínimos⁴³ cuya satisfacción requiere de cierto poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo, éstos no pueden ser objeto de una interpretación descontextualizada; en consecuencia, la satisfacción de la víctima siempre debe entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad atendiendo a las especiales condiciones de cada resguardo en particular.

A continuación, la Sala enunciará sumariamente los criterios de interpretación relevantes relacionados con el alcance de los derechos de las víctimas en los conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria:

a. El derecho propio no constituye un remedo o una burda imitación del derecho mayoritario. Por el contrario, se trata de un verdadero sistema jurídico particular e independiente al cual el juez constitucional debe acercarse con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en que él mismo está inmerso, recordando siempre que las comunidades no “evolucionan” sino que “se transforman”. Por tanto, en el sistema de valores defendido por la Constitución de 1991 no tiene cabida la adopción de una actitud reticente, por parte del juez, frente a las prácticas ancestrales que buscan la verdad a través de métodos rituales de reconstrucción colectiva de la memoria, o frente a la efectividad de ciertos procedimientos que, a partir de la participación de la comunidad en pleno, abren vías alternativas para resarcir a la víctima, castigar al agresor y reintroducir la armonía en la comunidad.

Así, considerando el amplio espectro de formas jurídicas que ofrece la diversidad cultural y en atención al respeto por el principio de maximización de la autonomía, el punto de partida del juez constitucional en la búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe girar en torno a la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados⁴⁴.

b. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia

haciendo uso de sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales en un caso concreto constituye, per se, una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas. A este respecto ha dicho la jurisprudencia:

“[P]ara establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales (...) prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico”⁴⁵.

c. Una vez la comunidad ha manifestado su capacidad para adelantar determinado tipo de juicio, debe aportar argumentos contundentes si pretende renunciar a ocuparse de casos semejantes por respeto al principio constitucional de igualdad.

d. Existen, por supuesto, diferentes niveles en la apreciación de la institucionalidad de una comunidad indígena. Los crímenes de lesa humanidad, el uso de violencia sistemática u organizada o la especial situación de indefensión y vulnerabilidad de la víctima justifican el empleo de criterios más rígidos y exigentes en la verificación de la institucionalidad, sin dejar de lado que “el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzgamiento, usos y costumbres propios que aseguren el principio de legalidad (...) y medidas de protección de las víctimas”⁴⁶

Por otra parte, el alcance del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena merece consideraciones adicionales.

Si bien desde el derecho mayoritario el principio de legalidad impone el juzgamiento de una persona a partir de normas previamente establecidas, por autoridades competentes de acuerdo con la regulación existente y con apego a los procedimientos previstos por el legislador, indagar por el mismo principio en el marco de la jurisdicción especial indígena es un asunto problemático puesto que ésta difícilmente ofrecerá un trasplante exacto del principio de igualdad tal y como se concibe en la comunidad mayoritaria.

Sin embargo, a pesar de las obvias dificultades para hallar dentro de la jurisdicción especial

indígena una réplica exacta del principio de legalidad del derecho mayoritario, ello no constituye un obstáculo infranqueable para el ejercicio de la jurisdicción indígena. Por el contrario, impone al juez el deber de estudiar el alcance del principio en cuestión en el contexto de esas comunidades, a la luz del proceso de recreación y reformación que ha atravesado el derecho indígena desde su formación hasta su reconocimiento por la Constitución de 1991.

A este respecto, esta Corporación ha precisado el establecimiento de contenidos mínimos en la conformación del principio. Estos mínimos se definen como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas en el marco de las tradiciones conformadoras de la identidad comunitaria. Esto significa que la absoluta imposibilidad de predecir las actuaciones de las autoridades tradicionales puede ser interpretada como la inexistencia de la noción misma del principio de legalidad, y constituiría una razón constitucionalmente válida para excluir la competencia de la jurisdicción indígena:

“Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce en predecibilidad. En principio, ello remite a la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideran ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál el tipo y rango de las sanciones. Sin embargo, esa predecibilidad, que podríamos llamar específica, puede dar paso, en ciertos casos, a una predecibilidad genérica, en razón de la situación de transición que comporta el reciente reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y el proceso de reafirmación de su identidad cultural que se produjo a raíz de la Constitución de 1991. De este modo la previsibilidad estaría referida a la ilicitud genérica de la conducta, la existencia de autoridades tradicionales establecidas y con capacidad de control social, un procedimiento interno para la solución de los conflictos y un concepto genérico del contenido de reproche comunitario aplicable a la conducta y de las penas que le puedan ser atribuidas, todo lo cual debe valorarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad”⁴⁷.

A partir de lo expuesto, el siguiente cuadro es útil para establecer los criterios de decisión relevantes en la evaluación del elemento institucional.

Cuadro 5:

Elemento institucional u orgánico

Definición

Criterios de interpretación relevantes

Como su nombre lo indica, este elemento indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena.

Dicha institucionalidad debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social

1.La Institucionalidad es presupuesto esencial

para la eficacia del debido proceso

en beneficio del acusado:

1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas.

1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello.

1.3.En casos de “extrema gravedad” o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente.

2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos:

2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente.

2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de nocividad social⁴⁸.

3. La satisfacción de los derechos de las víctimas:

3.1. La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados.

c. Componente objetivo

Introducido por la Corte en la Sentencia T-552 de 2003, este elemento se construye en torno a la gravedad de la conducta y en su definición resulta básica la aceptación de un umbral de nocividad en la evaluación de la misma.

Una vez el asunto atraviesa el umbral de nocividad, se entiende que ha trascendido los intereses de la comunidad y por lo tanto es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena puesto que está en juego un bien jurídico universal.

Es de notar que la definición de este elemento acentúa el carácter excepcional de las

jurisdicciones especiales y se sustenta en el establecimiento de ciertas premisas cuyo alcance merece comentarios adicionales a esta Sala:

Las premisas establecidas son las siguientes:

“(i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines que persigue su consagración. (iii) Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad que deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, especialmente tomando en cuenta que la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva”⁴⁹.

Respecto al alcance y validez de las mencionadas premisas, es necesario resaltar que si bien las jurisdicciones especiales tienen un carácter excepcional y por ello las normas que les confieren competencia deben ser interpretadas de manera restrictiva⁵⁰, en el caso de la jurisdicción especial indígena la rigidez de este principio debe ser atenuada en atención al principio de maximización de la autonomía, principio fundamental para asegurar la supervivencia como grupos culturales. A este respecto, la Corporación ha señalado:

“(…) es claro que para extraer un caso de la justicia ordinaria y remitirlo a la jurisdicción especial indígena deben configurarse todos los elementos que aseguren el ejercicio efectivo de la coerción social en el ámbito territorial de la comunidad o resguardo concernido, en virtud del carácter excepcional de las jurisdiccionales especiales. Sin embargo, frente a la jurisdicción especial indígena, al hacer la evaluación específica de cada uno de los elementos definitorios del fuero, el juez puede adoptar una forma de interpretación más amplia, orientada a garantizar al máximo la vigencia de los derechos colectivos de la comunidad”⁵¹

De lo anterior se concluye que resulta particularmente problemático aplicar normas especializadas y construcciones jurisprudenciales específicas de otras jurisdicciones a la jurisdicción especial indígena sin una verificación previa de la compatibilidad de este “trasplante” con el principio de maximización de las comunidades indígenas. Ello por cuanto asumir que la jurisdicción especial indígena es una jurisdicción dirigida de forma exclusiva a la solución de asuntos internos de las comunidades originarias, significa ignorar la importancia que la Constitución ha otorgado a la autonomía indígena como pilar de un estado pluralista y participativo. (C.P. preámbulo, artículos 1º y 2º).

El siguiente cuadro sintetiza los criterios interpretativos más importantes del elemento objetivo:

Cuadro 6:

Elemento objetivo

Definición: Se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Premisas que sustentan el elemento objetivo

Criterios de interpretación relevantes

1. Las jurisdicciones especiales ostentan un carácter excepcional.

a. La excepcionalidad de la jurisdicción especial indígena debe armonizarse con el principio de maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes⁵².

b. Entender que el fin último de la jurisdicción especial indígena es dar solución a asuntos internos de las comunidades originarias ignora la importancia que la Constitución Política ha otorgado a la autonomía indígena como fuente de aprendizaje de distintos saberes.

3. Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad.

c. El Consejo Superior de la Judicatura, como juez natural de los conflictos de competencia entre jurisdicciones, puede aplicar por analogía los criterios que ha desarrollado para definir diversos tipos de conflicto de competencia. Sin embargo, al hacerlo, debe respetar el principio de igualdad, eje axiológico y normativo de nuestra Carta Política⁵³.

La analogía entre el fuero militar y el fuero indígena resulta injustificada si se basa únicamente en el carácter excepcional de los fueros o en los fines de cada una de las jurisdicciones.

Se trata entonces de establecer un elemento objetivo que respete la maximización de la autonomía sin exceder sus límites legítimos. El punto de partida de una formulación más clara sobre el elemento objetivo exige preguntarse sobre la naturaleza del sujeto, o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria.

Esto plantea tres posibilidades: “(i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria”⁵⁴

En los supuestos (i) y (ii) la solución es clara: en el primer caso, a la jurisdicción especial indígena le corresponde conocer el asunto mientras en el segundo le corresponderá a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii) el juez deberá decidir verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales, de manera que el elemento objetivo no es determinante en la definición de la competencia. Incluso si se trata de un bien jurídico considerado de especial importancia en el derecho nacional, la especial gravedad no se erige en una regla definitiva de competencia, pues esto supone imponer los valores propios de la cultura mayoritaria dejando de lado la protección a la diversidad étnica.

A este respecto, la sentencia T-617 de 2010 indicó:

“Una variante importante del último supuesto es aquella en que el caso reviste especial gravedad para el derecho mayoritario, posibilidad que ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a excluir, de plano, la procedencia de la jurisdicción especial indígena. Para la Sala, ese tipo de decisión no puede establecerse como regla definitiva de competencia, pues acarrea la imposición de los valores de la cultura mayoritaria, dejando de lado la protección a la diversidad étnica. Lo verdaderamente relevante, en casos como los mencionados, es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de manera que el examen del juez debe dirigirse a evaluar con mayor intensidad la vigencia del elemento institucional, pues de este depende, según se ha expuesto, la efectividad de los derechos de la víctima”.

d. Consideraciones adicionales

Los criterios anteriormente mencionados para definir el alcance de la jurisdicción especial indígena no deben ser evaluados por separado. Tratándose de criterios íntimamente relacionados, el juez constitucional deberá valorarlos conjuntamente en cada caso concreto. Dejar de lado uno de ellos podría acarrear la vulneración de la autonomía de las comunidades indígenas o afectar los derechos de sus miembros y de las víctimas.

Por otra parte, si bien es necesario un análisis conjunto de cada uno de los criterios, es necesario tener en cuenta que cada conflicto que dé origen a la colisión de competencia puede implicar un alcance distinto para cada elemento. A este respecto, la sentencia T-617

de 2010 ha señalado:

“(…) en procesos que no tengan la connotación “penal” o de “desequilibrio”, el análisis del elemento institucional se concentrará en la existencia de usos y costumbres que aseguren la previsibilidad, y no en la protección de las víctimas. Esas particularidades, sin embargo, deben ser evaluadas por el juez en el marco del caso concreto”

Teniendo en cuenta los anteriores elementos teóricos, pasa la Sala a la solución de los casos concretos.

2. Examen de los casos concretos

A partir del marco jurisprudencial anterior, la Sala estudiará los casos concretos haciendo referencia a: (i) la procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, (ii) el análisis formal de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial en los casos concretos; (iii) el estudio de los cargos de fondo (defectos materiales) en las sentencias proferidas por el Consejo Superior de la Judicatura; (iv) la determinación de la competencia en los asuntos bajo examen; y (v) el alcance de la decisión.

2.1. Tutela contra sentencias judiciales; reiteración de jurisprudencia.

Siendo la acción de tutela contra providencias judiciales uno de los aspectos más debatidos de este recurso, la Corte Constitucional ha unificado criterios jurisprudenciales de tipo formal y material relativos a la procedibilidad de la acción en la sentencia C-590 de 2005.

En primer lugar, el juez constitucional debe verificar el cumplimiento de ciertos requisitos formales de procedibilidad de la acción. Esos requisitos son los siguientes: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique de manera razonable los hechos que generan la violación, y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; y (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela.

En segundo lugar, el juez debe constatar la presencia de algunas de las causales genéricas o materiales de procedibilidad de la acción, igualmente enunciadas en la Sentencia C-590 de 2005:

“(i) Defecto orgánico que se presenta “cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello”; en segundo lugar (ii) el Defecto procedimental absoluto “que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido”; en tercer término (iii) el Defecto fáctico “que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión”; en cuarto lugar (iv) el Defecto material o sustantivo “como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión”; en quinto lugar (v) Error inducido, “que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales”; en sexto término (vi) Decisión sin motivación, “que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional”; en séptimo lugar (vii). Desconocimiento del precedente cuando “(...) la autoridad judicial se aparta de los precedentes jurisprudenciales, sin ofrecer un mínimo razonable de argumentación, de forma tal que la decisión tomada variarían, si hubiera atendido a la jurisprudencia; en octavo lugar (viii) Violación directa de la Constitución, en eventos, “... en los que si bien no se está ante una burda trasgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.” (Negrilla fuera de texto)

2.2. Examen de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en los casos concretos

Por cuestiones metodológicas, la Sala se referirá por separado a los casos bajo examen solo cuando las características específicas del asunto lo justifiquen.

a. Relevancia constitucional.

Los casos bajo examen plantean el problema de la interpretación del artículo 246 de la Constitución Política en relación con los artículos 1, 2, 7 y 70 de la misma, normas que dan origen a los derechos colectivos de los pueblos aborígenes, definen el Estado colombiano como pluralista y participativo, y protegen la diversidad étnica y cultural además de otorgar funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas. A este respecto, las obligaciones que ha adquirido el Estado colombiano no son solamente de rango constitucional, sino que se encuentran consagradas en instrumentos internacionales relativos a la protección e interpretación de los derechos humanos de los pueblos aborígenes.

Así, el punto central de los asuntos bajo examen no es solo la conocida tensión entre los derechos a la autonomía y a la diversidad cultural de las comunidades indígenas y el sistema de derechos fundamentales en tanto mínimos éticos universales⁵⁵, sino que está en juego la integridad sexual de dos menores, y los menores, ya se ha dicho, son sujetos de especial protección constitucional cuyo bienestar concierne a la sociedad en general, incluidas las comunidades indígenas.

Estas consideraciones son suficientes para apreciar que en ambos casos se trata de asuntos de especial relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los mecanismos judiciales idóneos y adecuados, ordinarios y extraordinarios antes de acudir a la acción de tutela.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 256 de la Carta Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, y en ausencia de una ley de coordinación interjurisdiccional, el Consejo Superior de la Judicatura es el órgano competente para resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria, y sus decisiones en la materia no son susceptibles de recursos judiciales.

En los procesos acumulados de la referencia se controvierten los pronunciamientos proferidos por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura los días 15 de

diciembre de 2010 y 25 de mayo de 2010, por medio de los cuales se dirimió el conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria, especialidad penal, en el proceso penal adelantado contra el señor “Anselmo” por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado en el primer caso, y contra el señor “Víctor” por el delito de acceso carnal violento agravado en menor de 14 años en el segundo caso.

Estando en firme estos pronunciamientos y ante la ausencia de medios judiciales para controlar la conformidad de la decisión con la Constitución, la Sala da por cumplido este requisito.

c. Requisito de inmediatez.

En múltiples ocasiones esta Corporación ha explicado que el establecimiento de un término perentorio para el ejercicio de la acción de tutela es inconstitucional, pues no puede ponerse término a la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, también ha insistido en que la acción debe interponerse dentro de un plazo razonable⁵⁶.

Expediente T-3120650

En este caso, la sentencia que se controvierte fue promulgada el quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010), y la acción de tutela se interpuso el veintiocho (28) de febrero de dos mil once (2011), es decir, aproximadamente dos meses después del fallo. Así, considera la Sala que el tiempo transcurrido entre la sentencia presuntamente vulneradora de derechos fundamentales y la interposición de la tutela se ajusta al concepto de plazo razonable.

Expediente T-3120654

La sentencia objeto de tutela fue proferida el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010) y la acción de tutela fue interpuesta el once (11) de noviembre de dos mil diez (2010). Entre el proferimiento del fallo y la interposición de la tutela transcurrieron aproximadamente cinco (5) meses.

Según el Consejo Superior de la Judicatura, el término de cinco (5) meses basta para considerar que no se ha cumplido el requisito de inmediatez puesto que, en su opinión, “no se evidencia en este evento una justa causa que explique los motivos por los cuales no se haya formulado esta acción de tutela de manera oportuna, dentro de un término razonable, prudencial y adecuado, ni se infiere la ocurrencia de hechos nuevos que impongan la protección de los derechos fundamentales invocados”. Sin embargo, esta Sala no encuentra desproporcionado el término de cinco meses a la luz de su jurisprudencia sobre la noción de plazo razonable, más aun teniendo en cuenta la complejidad del proceso y las dificultades que enfrentan los indígenas para acceder a la administración de justicia en el derecho mayoritario.

Así, esta Corporación considera que en este caso el tiempo transcurrido entre el fallo cuestionado y la efectiva interposición de la tutela no riñe con el concepto de plazo razonable

d. Que, en caso de tratarse de un problema procedimental, se haya alegado dentro del proceso ordinario.

Expediente T-3120650

El actor formuló cuatro cargos contra la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura: desconocimiento del derecho a la defensa y al debido proceso, falta de motivación, desconocimiento del precedente aplicable al caso y vulneración directa de la Constitución. Ya que la controversia se enfoca en las conclusiones normativas a las que arribó el Consejo Superior de la Judicatura al dictar sentencia, no existe un cargo que hubiera podido alegarse en el trámite llevado a cabo por la autoridad judicial accionada. Además, tratándose de un procedimiento de única instancia, no podía el peticionario alegar su inconformidad mediante el ejercicio de recursos procesales.

Se concluye, por lo tanto, que el requisito está acreditado.

Expediente T-3120654

El actor cuestionó el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura por

supuestamente adolecer de argumentación insuficiente e interpretación errónea del artículo 13 de la Carta.

La controversia se enfoca en las conclusiones normativas de la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura, así que no existe un cargo que hubiera podido alegarse en el trámite llevado a cabo por la autoridad judicial accionada. Además, tratándose de un procedimiento de única instancia, no podía el peticionario alegar su inconformidad mediante el ejercicio de recursos procesales.

Se concluye, por lo tanto, que el requisito está acreditado.

e. Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible.

Expediente T-3120650

En opinión del peticionario, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura vulneró los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional del resguardo La Montaña; y a la diversidad étnica y cultural, y al debido proceso del señor "Anselmo". Esto por cuanto la competencia del asunto corresponde, según al accionante, a la jurisdicción especial indígena, pues concurren los factores definitorios del fuero indígena. Por esta razón, el gobernador del resguardo La Montaña solicitó el traslado del expediente a su resguardo.

Si bien el Gobernador del resguardo La Montaña no se hizo presente en la audiencia preliminar programada por el Juez de Control de Garantías con el fin de dirimir el conflicto de competencia, conflicto que finalmente fue resuelto con base en documentos allegados al proceso por las partes, la Sala considera que su ausencia en la mencionada audiencia no puede ser interpretada como una muestra de falta de diligencia y por lo tanto considera que este requisito se encuentra demostrado.

Expediente T-3120654

El actor considera que el fallo proferido por el Consejo Superior de la Judicatura vulneró los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional del resguardo Los Guayabos; a la

diversidad étnica y cultural, y al debido proceso del señor “Víctor”. En su opinión, la competencia corresponde a la jurisdicción especial indígena en virtud de la concurrencia de los factores definitorios del fuero indígena, de manera que solicitó la remisión del expediente al resguardo Los Guayabos. Así, considera la Sala que el requisito está satisfecho.

f. Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela.

Los fallos controvertidos son sentencias que dirimen el conflicto de competencias entre Jurisdicción Especial Indígena y Sistema Jurídico Nacional. Al no tratarse de sentencias de tutela, este requisito se encuentra acreditado en los dos casos.

2.3. Examen de fondo de las sentencias controvertidas

Procede la Sala a estudiar los cargos elevados por los actores contra las sentencias proferidas por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura los días quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010) y veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010).

Si del examen que esta Sala se propone llevar a cabo se concluye que el Consejo Superior de la Judicatura vulneró los derechos a la autonomía jurisdiccional y a la integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas de los resguardos La Montaña y Los Guayabos; y al debido proceso (juez natural) y a la diversidad cultural de los señores “Anselmo” y “Víctor”, deberá anularse todo lo actuado en los procesos adelantados contra los acusados en la justicia ordinaria por falta absoluta de competencia, y remitirse las actuaciones a los cabildos correspondientes.

Finalmente, aclara la Sala que los fallos proferidos por la justicia ordinaria penal no se analizarán desde el punto de vista sustancial en este fallo, ya que no hacen parte de la solución del caso concreto. Por ende, tales resoluciones solo se estudiarán, cuando sea del caso, para llevar a cabo las órdenes proferidas en esta providencia.

2.3.1. Expediente T-3120650

Desconocimiento del derecho a la defensa y al debido proceso

De acuerdo con el peticionario, el Consejo Superior de la Judicatura habría desconocido el derecho a la defensa y al debido proceso al haber dejado de lado el hecho de que tanto el juez de control de garantías como del juez de conocimiento omitieron decidir sobre el pedimento de jurisdicción por parte del resguardo La Montaña, "(...) es decir, ignoró que ninguno de esos 2 juzgados expresamente hubieran negado el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena".

Aunque el accionante no encuadra este cargo en alguna de las causales materiales de procedencia de la tutela contra sentencias, la Sala insiste en que la definición de los conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena corresponde al Consejo Superior de la Judicatura⁵⁷, sin que lo expresado previamente por el juez de control de garantías y/o por el juez de conocimiento sea determinante en su decisión.

A este respecto, la Sala recuerda la sentencia T-728 de 2002 en la cual la Corte conoció de dos casos en los que se alegaba la vulneración a los derechos al debido proceso, igualdad, acceso a la administración de justicia, juez natural y autonomía e integridad cultural, en razón de que los tutelantes, ambos indígenas, fueron juzgados y condenados penalmente por la jurisdicción ordinaria. En ambos casos se planteó el conflicto de jurisdicción, pero los jueces que conocían del asunto en la jurisdicción ordinaria se abstuvieron de remitir los casos al Consejo Superior de la Judicatura para que éste lo resolviera. En dicha sentencia esta Corporación afirmó:

"Siendo así, el tema objeto de decisión es el siguiente: la Constitución le asigna expresamente al Consejo Superior de la Judicatura la facultad de dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones (art. 256-6). A su vez, la Constitución reconoce a la jurisdicción indígena como una jurisdicción especial (art. 246). Por lo tanto, los conflictos de competencia que se presenten entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional-en este caso la jurisdicción penal ordinaria-, deberán ser dirimidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

Pero, ¿qué sucede cuando durante el curso del proceso se propone o está pendiente de dirimir un conflicto positivo de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, el juez ordinario decide, por su cuenta, ignorar la probable presencia del fuero indígena o dirime en su favor el conflicto, continúa conociendo del proceso y profiere sentencia condenatoria en contra del miembro de la comunidad indígena? Este es un común denominador de los dos procesos de la referencia. Así pues, de este suceso se deducen, al menos, estas consecuencias: 1a) el juez penal ordinario ha incumplido el deber de remitir el expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a procesos ya terminados con sentencia condenatoria o absolutoria; 2a) es factible que el indígena deba purgar una condena impuesta por autoridad no competente para fijarla; 3a) es factible la vulneración del derecho fundamental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (C.P., art. 29); y 4a) es factible la vulneración del derecho fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena (C.P., art. 246)".

De lo anterior se desprende que cuando un juez de la jurisdicción ordinaria decide sobre un conflicto de competencias positivo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena incurre en una vulneración al debido proceso, ya que su obligación es remitir el caso al Consejo Superior de la Judicatura para que éste, como órgano competente para ejercer dicha función, dirima el conflicto.

Así, la Sala encuentra que la remisión del asunto al Consejo Superior de la Judicatura por parte del Juzgado Penal del Circuito de Riosucio se ajusta a lo previsto por la Constitución y la Ley para estos casos, y difícilmente podría interpretarse como un desconocimiento del derecho a la defensa y al debido proceso como lo sugiere el accionante.

Decisión sin motivación

Argumenta el accionante que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura carece de

motivación, pues si bien recoge copiosa jurisprudencia sobre el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, reduce la decisión a un párrafo, en el cual descalifica todo el acervo jurisprudencial previo bajo el argumento de que “los derechos de los menores están por encima de un fuero especial de juzgamiento”.

Para analizar este cargo, esta Sala recordará brevemente la caracterización de la decisión sin motivación como causal de procedibilidad de la tutela contra sentencia.

Esta causal se configura, según la Sentencia C-590 de 2005, cuando se presenta “incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.”

No sobra reiterar que en un Estado democrático de derecho los operadores jurídicos deben sustentar y motivar las decisiones judiciales, lo cual constituye no solo una garantía ciudadana sino un componente esencial de la función jurisdiccional. El escenario contrario, es decir, la imposición de las decisiones judiciales y su aceptación por parte de los ciudadanos por la sola majestad del juez, riñe completamente con los principios democráticos y se sitúa bastante cerca del autoritarismo⁵⁸. En este sentido, la motivación de los actos jurisdiccionales cumple una doble función: no solo refuerza el contenido mínimo del debido proceso al obstaculizar abiertamente cualquier actitud caprichosa por parte del juez, sino que contribuye a garantizar la sujeción de éste al ordenamiento jurídico y el posterior control sobre la razonabilidad de sus fallos⁵⁹.

Ahora bien, sobre la valoración de esta causal por parte del juez de tutela, esta Corporación ha expresado lo siguiente:

“(…) la motivación suficiente de una decisión judicial es un asunto que corresponde analizar en cada caso concreto. Ciertamente, las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho. Además, en virtud del principio de autonomía del funcionario judicial, la regla básica de interpretación obliga a considerar que sólo en aquellos casos en que la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas,

inexistente, puede el juez de tutela intervenir en la decisión judicial para revocar el fallo infundado. En esos términos, la Corte reconoce que la competencia del juez de tutela se activa únicamente en los casos específicos en que la falta de argumentación decisoria convierte la providencia en un mero acto de voluntad del juez, es decir, en una arbitrariedad”60. (Subraya fuera de texto).

De lo anterior se desprende que no es tarea del juez de tutela establecer la conclusión correcta a la cual debería conducir determinada argumentación, “pero sí es su obligación señalar que sin dicho análisis la providencia atacada presenta un grave déficit de motivación que la deslegitima como tal”61 .

En el caso bajo examen, la Sala observa que la argumentación que fundamenta la sentencia atacada no es defectuosa ni insuficiente, ni mucho menos inexistente. Al contrario, de la lectura de la providencia se deduce que la argumentación está presentada de forma ordenada y coherente: en primer lugar, vuelve sobre los hechos y las actuaciones de las autoridades que intervinieron en el proceso, posteriormente cita la jurisprudencia pertinente relativa a los derechos de los menores y a la jurisdicción especial indígena, y finalmente estructura la decisión, la cual no comparte el accionante. Como ya se ha dicho, no es tarea del juez de tutela establecer la conclusión correcta a partir de una determinada argumentación, de modo que el simple desacuerdo sobre la conclusión a la cual arribó el Consejo Superior de la Judicatura -dirimir el conflicto de competencia a favor de la justicia ordinaria- no es motivo suficiente para descalificar toda la argumentación que sustenta la sentencia. Por esta razón la Sala desestimaré el cargo.

No acatamiento del precedente aplicable al caso

Estima el actor que la decisión rechaza el precedente aplicable al caso puesto que no tiene en cuenta sentencias previas cuya pertinencia para resolver el asunto es evidente, por ejemplo, la sentencia T-617 de 2010. En este pronunciamiento la competencia para conocer del delito cometido sobre la integridad sexual de una menor indígena por parte de otro indígena dentro del territorio del resguardo es otorgada a la jurisdicción especial indígena y no a la justicia ordinaria.

Sobre el desconocimiento del precedente aplicable al caso como causal material de procedibilidad de la acción de tutela la Corte ha establecido que dicho defecto hace parte del defecto sustantivo⁶². Del mismo modo en las Sentencias SU- 640 de 1998, T- 462 de 2003 y T- 292 de 2006 se ha señalado que el juez de igual jerarquía debe vincularse al precedente horizontal y el juez de inferior jerarquía al precedente vertical en lo que atañe a la ratio decidendi de una jurisprudencia anterior⁶³. En estas sentencias se ha indicado que cuando una instancia jurisdiccional se vaya a apartar del precedente anterior se debe justificar razonadamente su oposición⁶⁴. Esta vinculatoriedad del precedente se relaciona con los principios de seguridad jurídica e igualdad y por el deber que tienen los jueces de armonizar sus decisiones y que de esta manera no se vayan a producir fallos contradictorios cuando se trate de decidir sobre hechos similares. Por otra parte, en la sentencia T-1031 de 2001 la Corte decidió que la acción de tutela procede contra una providencia judicial que omite, sin razón alguna, los precedentes aplicables al caso o cuando “su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados”.

En el caso en cuestión, la Sala no observa que la sentencia incurra un defecto sustantivo por desconocimiento del precedente porque la providencia del Consejo Superior de la Judicatura se sustenta en aproximadamente cuatro sentencias, todas ellas relativas a la jurisdicción especial indígena; y si bien se trata de pronunciamientos que reconocen la importancia de esta jurisdicción en el texto constitucional, el argumento que finalmente acoge el Consejo Superior de la Judicatura, la primacía de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás, también goza de rango constitucional y está sustentado en numerosa jurisprudencia. De haber acogido los argumentos del accionante y el precedente que lo sustenta, igualmente podría argumentarse que, por el desconocimiento del precedente relativo a los derechos de los menores, sería procedente la tutela por la configuración de esta causal.

De lo anterior se desprende que no existen razones suficientes para considerar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente el precedente que trae a colación el accionante⁶⁵. Ello equivaldría a sostener que la inaplicación del precedente propuesto por el accionante configura per se la causal de no acatamiento del precedente aplicable al caso, lo cual carece de justificación constitucional. Por esta razón, la Sala desestimaré el cargo.

Violación directa de la Constitución

Considera el actor que la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura desatendió sin justificación alguna derechos de carácter colectivo fundamental, como el derecho a la diversidad étnica y cultural y la jurisdicción indígena. Esto evidencia, en su opinión, que el texto constitucional ha sido transgredido, haciendo procedente la tutela por configurarse la violación directa de la Constitución como causal material de procedibilidad de la tutela contra sentencia.

Sobre la violación directa de la Constitución como causal de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Corte ha sostenido que ésta acaece cuando (i) se deja de aplicar una disposición ius fundamental a un caso concreto, o (ii) al aplicar la ley al margen de los dictados de la Constitución⁶⁶

En el caso en cuestión esta Sala encuentra que, estando el Consejo Superior de la Judicatura ante un caso difícil⁶⁷ que impone sopesar dos bienes jurídicos de rango constitucional - la diversidad cultural y la jurisdicción especial indígena de una parte y la primacía de los derechos de los menores en la otra-, la no aplicación de las disposiciones constitucionales relativas al ejercicio de la jurisdicción especial indígena no constituye en sí un acto abiertamente violatorio de la Constitución, ya que es propio de los casos difíciles como éste en el que el juez realiza un ejercicio de ponderación⁶⁸ conducente a priorizar una disposición constitucional al tiempo que desestima otra, pretendiendo siempre que cada derecho se realice en la mayor medida posible.

Así, esta Sala desestimaré el cargo, pues si bien la decisión final del Consejo Superior de la Judicatura no se fundamentó en las disposiciones constitucionales que el actor trajo a colación -disposiciones que sí fueron mencionadas y cuya importancia constitucional fue reconocida en la sentencia cuestionada- ésta si se fundamentó en mandatos de rango constitucional, solo que contrarios de aquellos citados por el demandante, llegando así a conclusiones diferentes. En pocas palabras, estando ante dos disposiciones constitucionales aplicables al caso y aparentemente contrarias, decidirse por una y no por otra no constituye y en sí una violación directa de la Constitución.

Ahora bien, esta Sala no puede dejar de notar que si bien la sentencia acusada no incurre en violación directa de la Constitución, sí está basada en una errónea interpretación del artículo

246 Constitucional. Se configura por tanto la causal de defecto sustantivo por interpretación errónea de la Constitución, de modo que pasa la Sala a estudiar esta causal.

Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política

En virtud de los artículos 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura es el órgano competente para interpretar las normas aplicables a los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones. En razón de la ausencia de una ley de coordinación interjurisdiccional, cuando la autoridad judicial referida dirime conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria interpreta y aplica directamente la Constitución Política. Así, mientras no se promulgue esa Ley, las reglas para la solución de conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria son fijadas de manera conjunta por la jurisprudencia de esta Corte y la del Consejo Superior de la Judicatura.

La importancia de esta aclaración para el análisis del defecto sustantivo por interpretación errónea radica en que, por regla general, la Corte Constitucional considera que la interpretación de la ley corresponde, en primer término, al juez natural. Sin embargo, tratándose de conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, el respeto por la autonomía e independencia del Consejo Superior de la Judicatura debe armonizarse con el alcance y contenido del artículo 246 de la Carta Política, y con los cuatro elementos establecidos por la jurisprudencia de esta Corporación relativos al ejercicio de la jurisdicción especial indígena: personal, territorial, institucional y objetivo.

En este caso, la Sala observa que el Consejo Superior de la Judicatura centra su análisis en los elementos personal, territorial y objetivo. Más aún, otorga al elemento objetivo una especial importancia sobre los dos primeros, pues si bien comprueba la presencia de los elementos personal y territorial, decide otorgar la competencia del asunto a la jurisdicción ordinaria por estar en juego la integridad sexual de una menor, que es un bien jurídico especialmente importante para el sistema jurídico nacional. Con esto, el Consejo Superior de la Judicatura parece estar estableciendo una suerte de jerarquía entre los elementos de

procedencia de la jurisdicción especial indígena, jerarquía en la cual el elemento objetivo prevalece sobre los elementos personal y territorial.

La Sala reitera su desacuerdo con el carácter prevalente que el Consejo Superior de la Judicatura otorgó al elemento objetivo, así como con la exclusión del elemento institucional en el análisis de la competencia.

Frente a la prevalencia del elemento objetivo, fundamentado en la existencia de un umbral de nocividad a partir del cual la jurisdicción indígena carece de competencia, la Sala insiste en la incompatibilidad de este planteamiento con la jurisprudencia constitucional, pues la exclusión de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social es una postura que desconoce injustificadamente la validez del control social realizado por las comunidades indígenas, al tiempo que riñe con el “relativismo ético moderado”⁶⁹ adoptado por la Constitución.

En cuanto al elemento institucional, es importante reiterar que éste debe analizarse a la luz de la existencia de (i) usos y costumbres, autoridades tradicionales, y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena concernida; y (ii) la acreditación de cierto poder de coerción en cabeza de las comunidades indígenas para aplicar la justicia propia. Además, este elemento tiene relación con (iii) la protección del derecho fundamental al debido proceso del investigado, y (iv) la eficacia de los derechos de las víctimas.

En el presente caso, si bien figuran en el expediente diversas pruebas sobre la existencia de autoridades tradicionales que aplican el derecho propio al interior del resguardo La Montaña, el Consejo Superior de la Judicatura decidió otorgar la competencia del asunto a la justicia ordinaria acogándose al principio constitucional de la primacía de los derechos de los menores. Sin embargo, la Sala observa que no existe prueba alguna a partir de la cual se pueda deducir razonablemente que la remisión del asunto a la jurisdicción especial indígena pone en peligro los derechos de la niña “Gina”, o que el derecho fundamental al debido proceso del señor “Anselmo” será desconocido, mucho menos que el ejercicio de la autonomía jurisdiccional se traducirá necesariamente en impunidad. Al no existir esa prueba, no puede la Sala sino concluir que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura se basó en el supuesto de que la jurisdicción especial indígena es per se una jurisdicción protectora e indulgente, supuesto que, en opinión de esta Sala, constituye una interpretación errónea del

artículo 246 Superior.

Así, la Sala estima que no puede considerarse en abstracto que el artículo 44 de la Constitución, que consagra el carácter prevalente de los derechos de los niños, esté en conflicto con el artículo 246 Superior, ni que dicho conflicto se soluciona mediante la supresión de uno de los dos principios enfrentados. De ahí la necesidad de abordar el análisis de los conflictos entre normas constitucionales en el marco de situaciones específicas, teniendo en cuenta que la eficacia de un principio no puede lograrse de forma absoluta sin limitar otro mandato(s) constitucional(es). Por esta razón, la Sala insiste en que la falta de motivación del elemento institucional por parte de la entidad accionada redundó en la ausencia de las razones específicas por las cuales consideró que el respeto por los derechos de “Gina” entra en tensión con la aplicación del derecho propio del resguardo La Montaña.

Así, el yerro en el que incurre el Consejo Superior de la Judicatura al interpretar el artículo 246 consiste en suponer que la consecuencia necesaria del ejercicio de la jurisdicción indígena en casos que involucran la integridad sexual de los menores es el irrespeto por los derechos de niños y niñas, lo que constituye, a ojos de esta Sala, una actitud prejuiciosa y discriminatoria frente a los pueblos originarios, así como una desconfianza injustificada sobre sus procedimientos.

De acuerdo con el examen efectuado, la sentencia proferida el quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010) por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura incurrió en un defecto sustantivo por interpretación errónea de la Constitución, vulnerando los derechos de las comunidades indígenas.

Con base en tales consideraciones, la Sala aplicará las subreglas relativas a la definición de competencia al caso concreto en el acápite correspondiente.

2.3.2. Expediente T-3120654

El actor fundamenta la vía de hecho en la constatación de las siguientes dos causales materiales de procedibilidad de la acción:

Argumenta el accionante que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura, si bien enuncia la normatividad relativa a la procedencia de la jurisdicción especial indígena, no

explica de qué manera se estaría vulnerando el interés superior de la menor si la Jurisdicción Especial Indígena asume el proceso, así que, en su opinión, la decisión carece de motivación.

Tratándose de un requisito cuyo análisis se impone de cara al caso concreto, la Sala advierte que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura se limitó a reiterar el concepto de colisión de competencias, insertar una extensa cita de la sentencia C-139 de 1996 y copiar los artículos 8 y 44 de la Constitución, para finalmente concluir que los derechos de los niños “tienen establecida su protección de manera predominante”; y enseguida agrega “Bajo esta directriz, la Sala debe optar por decidir el conflicto de jurisdicción aquí analizado, asignando el asunto a la Jurisdicción Ordinaria Especial”.

Ciertamente, los artículos mencionados y la sentencia citada son pertinentes en el asunto en cuestión; sin embargo, la simple sumatoria de artículos y citas no constituye, en opinión de esta Sala, una argumentación sólida o suficiente, pues las providencias judiciales no pueden ser construidas a la manera de una colcha de retazos⁷⁰. Teniendo en cuenta que en la parte considerativa de la sentencia no se observa prácticamente ningún párrafo que pueda tomarse como resultado del ejercicio argumentativo del juez, esta Sala no puede sino admitir que el cargo está llamado a prosperar. Si bien esta Corte ha dicho que “las divergencias respecto de lo que para dos intérpretes opuestos puede constituir una motivación adecuada no encuentra respuesta en ninguna regla de derecho”⁷¹, el juez es responsable de proveer sus sentencias con un contenido argumentativo mínimo que la sentencia en cuestión no satisface, sin que tal exigencia pueda considerarse una intromisión en la autonomía del funcionario judicial.

Como ya se explicó líneas arriba, la ausencia de motivación como requisito de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias procede cuando “la argumentación es decididamente defectuosa, abiertamente insuficiente o, en últimas, inexistente”⁷². En este caso, el cuerpo argumentativo de la sentencia se constituye exclusivamente de la transcripción de artículos y apartes de sentencias, de manera que la Sala concluye que la argumentación sobre la cual descansa la decisión es abiertamente insuficiente.

Además de la insuficiencia argumentativa, la Sala no puede dejar de notar que la sentencia acusada incurrió en defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246

Constitucional. Por tanto, esta Sala pasará a estudiar esta causal.

Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política

Defecto sustantivo por interpretación errónea

El demandante considera que la sentencia cuestionada, al suponer que “la sola remisión del proceso a la Jurisdicción Especial Indígena implica dejar desamparados los derechos de la niña afectada”, incurre en una interpretación errónea del artículo 13 Constitucional, pues toma como punto de partida de su decisión “la ya muy revaluada concepción monista del derecho, en donde las únicas decisiones judiciales, aceptables, legales y válidas son las de la justicia Estatal” y “con esta errada concepción decide anteponer los derechos de la menor a los derechos del pueblo indígena a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural”.

La Sala estima que si bien la sentencia cuestionada no aclaró por qué la remisión del proceso a la jurisdicción especial indígena pone en peligro los derechos de la menor, el escrito de tutela no explica con suficiencia y claridad por qué ello constituye una interpretación errónea del artículo 13 de la Constitución Política. Sin embargo, la Sala considera que la sentencia cuestionada sí se fundamentó en una interpretación errónea del artículo 246 Constitucional, por lo tanto reitera la argumentación expuesta para esta causal en el análisis del expediente T-3120650 y observa que, de la omisión del Consejo Superior de la Judicatura de su deber de argumentar con suficiencia, se desprende que la entidad accionada no solo planteó en abstracto una contraposición entre los artículos 44 y 246 de la Constitución, sino que solucionó ese falso dilema priorizando el artículo 44 de la Constitución sin dar razones convincentes para ello.

De la ausencia de una explicación razonable sobre las circunstancias exactas en las cuales los derechos de la menor “Ángela” peligran si las autoridades tradicionales del resguardo Los Guayabos asumen la competencia del asunto, se desprende que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en defecto sustantivo al interpretar erróneamente el artículo 246 de la Constitución. Esta interpretación errónea consiste en suponer que el fin último de la jurisdicción instituida por este artículo es proteger al indígena infractor, de manera que –parece suponer la entidad accionada– la adopción de una actitud condescendiente con los adultos que han atentado contra la integridad sexual de los menores es connatural al ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

De acuerdo con el examen efectuado, la sentencia proferida el día veinticinco (25) de mayo de dos mil diez(2010) por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura adolece de falta de motivación y presenta un defecto sustantivo por interpretación errónea de la Constitución, impidiendo la realización de los derechos de las comunidades indígenas.

Con base en tales consideraciones, la Sala pasa a analizar el conflicto de competencia en los casos concretos.

2.4. Análisis del conflicto de competencia en los casos concretos

Por cuestiones metodológicas, la Sala efectuará un análisis conjunto de los elementos que considere presentes en los dos casos, y se referirá individualmente a aquellos elementos que ameriten ser examinados por separado en cada caso concreto.

2.4.1. Elemento personal.

El elemento personal, se reitera, hace referencia a la pertenencia a una comunidad indígena del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo.

Expedientes T-3120650yT-3120654

En vista de que las autoridades tradicionales de los resguardos La Montaña y los Guayabos aportaron pruebas suficientes sobre la condición de indígena de los señores “Anselmo” y “Víctor” respectivamente; al tiempo que las partes no plantearon objeción alguna sobre este punto ante el Consejo Superior de la Judicatura en sus correspondientes procesos, la Sala da por probado este elemento para los dos casos.

2.4.2. Elemento territorial.

Este elemento se configura cuando los hechos investigados tuvieron lugar dentro del territorio de un resguardo indígena, teniendo en cuenta que la noción de territorio construida por la jurisprudencia constitucional rebasa la acepción meramente geográfica del término y se define en torno al concepto de ámbito territorial. Esto quiere decir que debe evaluarse en cada caso concreto si los hechos sucedieron al interior de los límites físicos del territorio del resguardo, o si involucran personas e intereses indígenas por fuera de éste.

Expedientes T-3120650y T-3120654

La ocurrencia de los hechos investigados en el territorio de los resguardos La Montaña y Los Guayabos no fue controvertida en el momento de adelantar el trámite de definición de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura. Por tanto, para la Sala este requisito se encuentra acreditado en ambos casos.

2.4.3. Elemento objetivo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el elemento objetivo “hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria”⁷³.

Aunque la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura ha librado un debate alrededor de si la condición de indígena de la víctima hace parte del elemento personal o del elemento objetivo, esta Sala considera que la identidad étnica de la víctima hace parte integrante del elemento objetivo⁷⁴.

Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura ha implementado en su jurisprudencia otra concepción del elemento objetivo, que se caracteriza por establecer un umbral de nocividad a partir del cual estaría vetado el ejercicio del derecho propio de las comunidades indígenas; en consecuencia, todas las conductas que involucren bienes jurídicos universales no podrían ser conocidas por esa jurisdicción. Esta Sala reitera que disiente de ese planteamiento, pues el elemento objetivo evaluado de manera individual no basta para

excluir la competencia de la jurisdicción especial indígena por restringir de manera excesiva e injustificada la autonomía de las comunidades.

Expedientes T-3120650 y T-3120654

Como se expresó previamente, el elemento objetivo debe examinarse de cara a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado. En cuanto a la naturaleza del sujeto, la condición de indígenas de las niñas “Gina” y “Ángela” se encuentra probada en el proceso así como su aceptación como miembros de los resguardos La Montaña y Los Guayabos respectivamente. (Ver las declaraciones rendidas por los señores Juan de Dios Taborda Taborda e Ignacio Yate Yara).

En cuanto a la importancia del bien jurídico presuntamente afectado, la Sala considera que la integridad sexual de un menor es un asunto que concierne tanto a la comunidad indígena como a la comunidad mayoritaria. Así, por tratarse de un asunto que reviste especial gravedad para el derecho mayoritario y en armonía con lo que esta Sala ha sostenido sobre el elemento objetivo, éste deberá ser evaluado en conexidad con los demás factores que definen la competencia de las autoridades de los pueblos aborígenes.

La Sala encuentra acreditado el elemento objetivo en los dos casos, y recuerda que lo verdaderamente importante es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de modo que pasa a analizar el elemento institucional.

2.4.4. Elemento institucional

Como se indicó anteriormente, el examen del elemento institucional u orgánico indaga por: (a) la existencia de instituciones, usos y costumbres tradicionales en la comunidad que aseguren (b) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales y (c) un concepto genérico de nocividad social. Además, el elemento institucional guarda una estrecha relación con la protección de las víctimas y el debido proceso tanto para la víctima como para el agresor.

Así mismo, es necesario tener en cuenta que (i) la manifestación, por parte de las autoridades tradicionales, de tener la voluntad de conocer el caso se tiene como prueba suficiente del elemento institucional (lo cual implica que si las autoridades tradicionales pretenden sustraerse del ejercicio de su jurisdicción deben otorgar razones poderosas para ello); y que (ii) excepcionalmente, en eventos de extrema gravedad y cuando la víctima sea un sujeto de especial protección constitucional, el juez puede realizar un control más intenso sobre la presencia del elemento institucional.

De las pruebas allegadas al proceso se concluye lo siguiente:

a. El resguardo “La Montaña” es de origen colonial y cuenta con un derecho propio o derecho mayor consolidado que se define a partir de normas y costumbres sociales aceptadas por la comunidad e instituciones y autoridades tradicionales capaces de imponer restricciones, proferir órdenes y aplicar sanciones al interior de la misma.

b. En materia de infracciones graves, los castigos consisten en la adopción de medidas para reintroducir la armonía al interior de la comunidad. Estas van desde la imposición de trabajos forzados que deberán ejecutarse a favor de la familia de la víctima, hasta la pérdida de la libertad.

c. La comunidad reconoce que la interferencia de los adultos con el normal desarrollo de la sexualidad de los niños es un acto que atenta contra el equilibrio comunitario, por tanto las autoridades tradicionales deben ocuparse de esos asuntos.

d. Hay un conflicto, al menos potencial, entre dos grupos de principios constitucionales: la jurisdicción especial indígena y el interés superior de la menor.

El material probatorio permite concluir que al interior del resguardo “La Montaña” sí existen instituciones, usos y costumbres tradicionales que otorgan a las autoridades tradicionales el poder de coerción social necesario para asegurar el ejercicio del derecho propio. Además, la

comunidad reconoce que el abuso sexual a los menores es un acto indeseable en términos de la conservación de la armonía al interior de la comunidad, lo cual permite identificar un concepto genérico de nocividad social.

Por otra parte, las autoridades tradicionales del resguardo “La Montaña” han manifestado su voluntad para conocer el caso, de manera que ello constituye, reitera la Sala, prueba de la existencia del elemento institucional. También se ha dicho que, excepcionalmente, en eventos de extrema gravedad y cuando la víctima sea un sujeto de especial protección constitucional, el control del juez sobre el elemento institucional puede ser más estricto. Teniendo en cuenta que en este caso el bien jurídico afectado reviste una especial importancia para la comunidad mayoritaria (la integridad sexual de una menor) y que la víctima es sujeto de especial protección constitucional, es procedente realizar un análisis más restringido sobre la institucionalidad del resguardo “La Montaña”.

En el caso en cuestión se estudia si el ejercicio de la jurisdicción especial indígena vulnera los derechos de la niña “Gina”. Este estudio exige establecer el peso relativo de cada principio, lo que se logra indagando por (i) la importancia en abstracto de cada principio en el momento histórico específico del orden jurídico; (ii) la gravedad de la afectación de cada principio, y (iii) el grado de certeza de tal afectación en cada caso concreto, análisis que debe llevarse a cabo a la luz de la información fáctico-probatoria disponible⁷⁵.

(i) 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 del menor, basta mencionar que la única cláusula explícita de prevalencia de la Carta favorece a los menores (art. 44 C.P.). Al otro extremo de la balanza se encuentra la autonomía de las comunidades indígenas como manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia colombiana, lo que ha llevado a esta Corte a establecer una regla de interpretación que persigue la maximización de la autonomía de estos grupos por parte del juez constitucional.

ii) Adoptar una decisión en uno u otro sentido implica una grave afectación para ambos

grupos de principios. Para los derechos de “Gina”, en tanto el proceso penal cuenta con una faceta proteccionista (aunque no la única posible y necesaria) para los menores víctimas de delitos sexuales; y para los derechos de la comunidad del resguardo La Montaña porque impedir el ejercicio de la jurisdicción especial indígena implica desconocer que la justicia propia se fortalece al aplicarla. También resultaría afectado el derecho al debido proceso de “Anselmo”, pues su condición de indígena se encuentra acreditada así que, en principio, su juez natural son las autoridades del resguardo, quienes comparten su visión cosmovisión.

iii) Al evaluar la certeza de la afectación de cada derecho, la Sala encuentra que no existe certeza alguna sobre la afectación de los derechos de la menor, ya que la comunidad cuenta con una serie de normas e instituciones tendientes a castigar el delito de la violación de la menor. En efecto de las pruebas recaudadas en sede de revisión se concluye que el derecho propio del resguardo “La Montaña” ofrece la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de la presunta víctima. En cambio, existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de “Anselmo” si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria.

Por lo tanto, la Sala concluye que, aunque los bienes en conflicto son de la mayor importancia para el régimen constitucional y la afectación de los mismos debe considerarse grave en caso de producirse, la ausencia de certeza sobre la real amenaza de los derechos de la menor lleva a dar prevalencia a la protección de la autonomía de la comunidad del resguardo “La Montaña” y al debido proceso del señor “Anselmo”, cuya afectación se considera cierta en caso de mantener la competencia en la justicia penal del derecho mayoritario.

Expediente T-3120654

De las pruebas allegadas al proceso se concluye que:

(i) El resguardo Los Guayabos, si bien conserva algunas normas y principios contemplados en

sus usos y costumbres tradicionales, se rige principalmente por los reglamentos internos de cada comunidad o resguardo.

(ii) Los reglamentos internos contemplan castigos solamente para infracciones leves, por regla general se trata de multas, pero no contempla castigos en materia de infracciones graves como la del presente caso.

(iii) La Asamblea del resguardo considera que el caso debe ser juzgado por la justicia ordinaria pues su derecho propio no cuenta con los elementos necesarios para encargarse del caso de “Ángela”.

En el presente caso, la Sala observa que la comunidad del resguardo Los Guayabos se rige por instituciones, usos y costumbres tradicionales, sus autoridades cuentan con cierto poder de coerción social y se reconoce que la afectación de la integridad sexual de un menor es un acto digno de reproche. Sin embargo, aunque en principio las autoridades del resguardo manifestaron su interés por conocer el asunto, posteriormente señalaron que no poseen la institucionalidad necesaria para juzgar y castigar al señor “Víctor”, de manera que prefieren que el asunto sea conocido por la justicia ordinaria. Esto constituye, en principio, un argumento poderoso para excluir el ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

Teniendo en cuenta que la integridad sexual de los menores es un bien jurídico considerado especialmente importante en la comunidad mayoritaria y que la víctima es sujeto de especial protección constitucional, procede la Sala a analizar el elemento institucional del resguardo Los Guayabos estableciendo (i) la importancia en abstracto de cada principio en el momento histórico específico del orden jurídico; (ii) la gravedad de la afectación de cada principio, y (iii) el grado de certeza de tal afectación en cada caso concreto, análisis que debe llevarse a cabo a la luz de la información fáctico-probatoria disponible.

Sin embargo, al evaluar (iii) la certeza de la afectación de cada derecho, la Sala considera que existe certeza sobre la afectación de los derechos de la menor si el caso es asumido por

el resguardo Los Guayabos, pues de las pruebas recaudadas en sede de revisión se desprende que el derecho propio del resguardo Los Guayabos no solo no ofrece la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de la presunta víctima, sino que no cuenta con un mínimo de predecibilidad y previsibilidad que permita suponer que el derecho al debido proceso del señor “Víctor” será salvaguardado.

Por otra parte, no existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de “Víctor” si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria, pues las autoridades tradicionales del resguardo han expresado su voluntad de ceder la competencia arguyendo para ello razones poderosas, como lo son la inexistencia de reglas específicas e instituciones consolidadas para llevar a cabo el proceso y castigar al agresor en caso de ser hallado culpable.

Por lo tanto, la Sala concluye que la inexistencia de certeza sobre la afectación de los derechos al juez natural y a la jurisdicción indígena de “Víctor” contrasta con la certeza sobre la real amenaza de los derechos de la menor si el proceso se adelanta en su resguardo, de manera que esta Sala dará prevalencia a la protección de los derechos de la niña “Ángela”, cuya afectación se considera cierta, y se abstendrá de otorgar la competencia del asunto a las autoridades tradicionales del resguardo Los Guayabos⁷⁶.

2.5. Alcance del amparo

Ya que la definición del conflicto de competencia debería surtirse al inicio del proceso judicial por ser un presupuesto para el conocimiento del caso por parte del juez, la competencia del Consejo Superior de la Judicatura se limita a establecer en cabeza de quién debe radicarse la facultad de conocer el asunto. Cuando la decisión del Consejo Superior de la Judicatura es impugnada por vía de tutela, como ocurrió en los asuntos de la referencia, es admisible la no devolución del proceso al Consejo Superior de la Judicatura para iniciar nuevamente el trámite de definición de competencia pues esto supone un desgaste excesivo para la administración de justicia y para las partes⁷⁷.

Es por ello que esta Sala abordó el estudio de fondo del conflicto de competencias y concluyó, para el expediente T-3120650, que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en desconocimiento de los derechos fundamentales a la autonomía del resguardo La Montaña, y al debido proceso del Señor “Anselmo”; de modo que la decisión proferida el quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010) debe ser revocada y en su lugar debe remitirse el expediente al resguardo La Montaña. En un análisis similar, la Sala determinó, para el expediente T-3120654, que los derechos de la niña “Ángela” se verán seriamente afectados si las autoridades tradicionales del resguardo Los Guayabos asumen la competencia del asunto, de manera que la sentencia proferida el veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010) debe ser confirmada.

En relación con el expediente T-3120650, las decisiones que fueron proferidas por órganos de la justicia penal (en el marco del proceso penal) seguido al señor “Anselmo” se encuentran viciadas de nulidad absoluta por falta de competencia (defecto orgánico), lo cual no supone una afectación a los principios de non bis in ídem y cosa juzgada en virtud de los efectos retroactivos de la nulidad absoluta. En el mismo sentido, se entiende que el señor “Anselmo” tiene un interés legítimo en presentar la defensa de su caso ante las autoridades tradicionales del resguardo La Montaña.

En mérito de lo expuesto, la Sala ordenará al Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento en Riosucio, Caldas, remitir el expediente con todas las pruebas obrantes en él a las autoridades tradicionales del mencionado resguardo.

Por otra parte, como se desprende de los antecedentes del caso, el derecho propio del resguardo La Montaña prevé la posibilidad de contar con la presencia de médicos tradicionales, por lo que la Sala solicitará a las autoridades tradicionales del resguardo evaluar la posibilidad de aplicar esa modalidad de asesoría en el presente caso.

Así mismo, para prever el ejercicio efectivo de la jurisdicción indígena la Sala estima que la jurisdicción ordinaria en cabeza del Juzgado Penal del Circuito con función de conocimiento en Riosucio (Caldas) y la jurisdicción especial indígena del Resguardo de “La Montaña” deben

coordinar el traslado del imputado “Anselmo” de la cárcel en donde cumple su pena conforme a lo previsto en el juicio ordinario hasta el lugar en donde va a ser juzgado en la comunidad, para proteger de esta manera los derechos de las víctimas y la posibilidad efectiva de que se sancione su conducta dolosa conforme a las normas de la comunidad en estos casos.

La Sala reitera que no existe actualmente una regla jurisprudencia general que permita sustraer del conocimiento de las autoridades tradicionales indígenas los casos relacionados con la afectación de la integridad sexual de los menores pertenecientes a sus resguardos, ni que les impida buscar la protección de los menores mediante procedimientos internos. Finalmente, recalca la importancia de evaluar esa protección, entendida como su capacidad de proteger los derechos de sus asociados, mediante análisis cuidadosos y respetuosos de la institucionalidad del resguardo.

Finalmente en el caso T - 3120654 del Resguardo de los Guayabos en lo relacionado con los derechos fundamentales de la niña “Ángela” por no cumplirse con el criterio institucional, la Sala confirmará la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del día veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010).

III. DECISIÓN

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Segundo.- Confirmar la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el día veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010).

Tercero.- Revocar los fallos de instancia en tanto declararon la improcedencia de la acción de tutela proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca el día dieciocho (18) de marzo de dos mil once (2011), y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el día de diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011); y conceder el amparo a los derechos constitucionales a la autonomía jurisdiccional de la comunidad de La Montaña y al debido proceso, en la dimensión del juez natural de “Anselmo”.

Cuarto.- Revocar la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el día quince (15) de diciembre de dos mil diez (2010), y en su lugar, ordenar la remisión del caso a las autoridades tradicionales del resguardo La Montaña.

Quinto.- Dejar sin efectos la sentencia condenatoria en contra del señor “Anselmo” proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, Caldas, el quince (15) de junio de dos mil once (2011) por adolecer de defecto orgánico absoluto, así como el pronunciamiento de segunda instancia si lo hubiere.

Sexto.- Solicitar a las autoridades tradicionales del resguardo La Montaña que evalúen, en el marco del derecho propio, la posibilidad de contar con la colaboración de médicos tradicionales que brinden pautas de solución al conflicto.

Séptimo.- Solicitar al Juzgado Penal del Circuito de Riosucio (Caldas), coordine con las autoridades de la comunidad indígena del resguardo indígena “La Montaña” el traslado del imputado “Anselmo” de la cárcel en donde cumple su pena conforme a lo previsto en el juicio ordinario hasta el lugar en donde va a ser recluido en la comunidad para proteger de esta manera los derechos de las víctimas y la posibilidad efectiva de que se sancione su conducta dolosa conforme a las normas de la comunidad en estos casos.

Octavo.- Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1Ver, entre otras, las sentencias T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, SU-337 de 1999, T-941 de 1999, T-1390 de 2000, T-510 de 2003, T-639 de 2006, T-794 de 2007, T-900 de 2007, T-302 de 2008, T-912 de 2008 y T-617 de 2010.

2 Sentencia C-061 de 2008.

3La especial protección en beneficio de los menores y su interés superior está presente incluso en instrumentos internacionales más antiguos como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 25-2 indica: “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales (...) todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social”. Otros instrumentos internacionales relevantes son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El primero de ellos consagra en el artículo 24.1 que “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”; por su parte, el artículo 13 del PIDESC determina que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. En el mismo sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se refiere, en su artículo 2, a la obligación estatal de proveer los recursos necesarios para asegurar el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en condiciones de libertad y dignidad de los menores.

4 Sentencia T-408 de 1995.

5 “[el interés superior del menor] consiste en reconocer al niño una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes y en darle un trato equivalente a esa prevalencia que lo proteja de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice “el desarrollo normal y sano” del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad” Sentencia T-514 de 1998.

6 El “interés superior del menor” en tanto noción, se caracteriza por ser: “(1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor” Sentencia T-408 de 1995.

7 La Corte ha establecido el alcance de las obligaciones relativas a la identificación y protección del interés superior del menor en las sentencias T-510 de 2003, T-397 de 2004 y T-1015 de 2010: “[L]as decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad -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.”

8 Sentencia C-617 de 2010.

9El reconocimiento de los indígenas en la Carta de 1991 como medida para remover lastres y prejuicios en su contra fue apoyada por el constituyente guambiano Lorenzo Muelas en los siguientes términos: “¿Por qué los derechos indios debe ser incorporados en la nueva Constitución? (...) Para permitir que los pueblos indígenas, una vez liberados de las amarras y opresiones que nos atan, podamos reanudar con empeño el camino del desarrollo que nos fue truncado (...) Para reconciliar los distintos pueblos y culturas de Colombia, después de 500 años de confrontación, y echar las bases de un futuro en solidaridad y mutua colaboración (...)”. Muelas, Lorenzo. “Proyecto de Acto Reformatorio: 15”. En: Bonilla Maldonado, Daniel (2006). La Constitución Multicultural, Bogotá, Universidad de los Andes, p. 135.

11 La pertenencia del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad fue justificada por la Corte en la sentencia SU-083/03 en los siguientes términos: “[el Convenio 169 de la OIT] conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles -artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de

los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. || Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”

12Esta Declaración, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos el 29 de junio de 2006, establece que los pueblos indígenas tienen derecho, como colectividades e individuos, a disfrutar de todos los derechos humanos y de todas las libertades fundamentales reconocidas por la Organización de las Naciones Unidas. Asimismo, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a determinarse de manera autónoma; a conservar y fortalecer sus instituciones sociales, culturales, económicas, políticas y judiciales; e insiste en la necesidad de amparar la participación informada, activa y plena de los pueblos indígenas en la toma de decisiones y en la adopción de políticas legales o administrativas que los afecten. Se trata entonces de un documento clave en el reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas en Colombia. En general, la Declaración profundiza lo prescrito en el Convenio 169 de la OIT.

13“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”. Sentencia T-380 de 1993.

14 En la Sentencia T-254 de 1994, la Corte abordó las tensiones que pueden darse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y el sistema de derechos fundamentales: “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. Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70)”.

15 Ver: sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996, SU-510 de 1998, T-1253 de 2008 y T-514 de 2009.

16 Sentencia SU-510 de 1998. En la Sentencia T-349 de 1996 esta Corporación expresó: “... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”.

17 Cfr. Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

18 Ídem.

19 Ídem.

20 “... es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (...) La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto)

pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma (...) El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo". Ídem.

21 En la Sentencia T-254 de 1994 la Corte se refiere, en primer lugar, a las políticas integracionistas que han afrontado los pueblos indígenas y como el grado de conservación de sus tradiciones es variable de una comunidad a otra; y en segundo lugar al deber que pesa sobre aquellas comunidades que no conservan sus tradiciones de regirse mayoritariamente por las leyes de la república. Sobre la segunda parte, la Sentencia T-514 de 2009 precisó que: “[la segunda parte de la formulación] debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas”.

22“(...) ese grado de conservación cultural [de los sistemas de derecho propio] no puede llevar al juez, ni a ningún otro operador judicial, a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones”. Sentencia T-617 de 2010.

23En el mismo sentido: “(...) el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P. artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste” Cfr. Sentencias T-254 de 1994 y T-349, SU-510 de 1998 y T-1022 de 2001.

24El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre - “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”- representa el

consenso al que los Estados han llegado en materia de Derechos Humanos en torno a la existencia de ciertos derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

25 En la sentencia T-349 de 1996 la Corte expresó: “[E]ste núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas.”

26 Una multiplicidad de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos coinciden en señalar que los mencionados derechos no son susceptibles de ser suspendidos en situaciones de conflicto armado. Ver: Artículos 4.1 y 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 27.1 y 27.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; el artículo 2.2 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; el artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra; los artículos 15.1, 15.2 y 15.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos relativos a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas.

27 Sentencia T - 617 de 2010.

28 SU-510 de 1998 y T-349 de 1996.

29 Esto con base en lo dispuesto por el artículo 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.: Constitución Política. Artículo 256. “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: (...) 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. Ley 270 de 1996, modificada por

la ley 1258 de 2009, artículo 112: “Funciones de la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura. Corresponde a la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura: 2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional”.

30“Los pueblos indígenas, al igual que las personas con identidad étnica indígena, son sujetos de protección constitucional reforzada, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución, especialmente en sus incisos 2º y 3º, que ordenan a todas las autoridades prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta. La caracterización de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección constitucional atiende a su situación de vulnerabilidad, originada en los siguientes aspectos históricos, sociales y jurídicos: la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión); y la especial afectación que el conflicto armado del país ha significado para las comunidades indígenas, principalmente por el interés de las partes en conflicto de apoderarse o utilizar estratégicamente sus territorios, situación que adquiere particular gravedad, en virtud de la reconocida relación entre territorio y cultura, propia de las comunidades aborígenes”. Sentencia T-282 de 2011.

31Esta definición fue precisada posteriormente en la sentencia T-728 de 2002 en los siguientes términos: “El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de 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 (...)”.

32La inimputabilidad por diversidad cultural (IDC) no es equiparable a la inimputabilidad en el derecho penal. Siendo la inimputabilidad en el derecho penal “la ausencia de conocimiento sobre la ilicitud de un comportamiento o incapacidad de determinarse de acuerdo con ese conocimiento por motivos de inmadurez psicológica”, definir la IDC en términos de inmadurez o retraso cultural no solo sería incoherente con el reconocimiento de la diversidad como valor en el marco de la Constitución Política de 1991, sino que iría en detrimento de la dignidad de las personas cultural o étnicamente diversas. Cfr. Sentencia T-728 de 2002.

33“(…) [E]n ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía”. Sentencia C-370 de 2002.

34La única finalidad legítima de la reintegración del imputado a su medio cultural como consecuencia directa de su inimputabilidad por diversidad cultural (IDC) es la tutela de la diversidad, más no su curación y/o rehabilitación, pues ello equivaldría a aceptar que la diversidad cultural es una enfermedad susceptible de ser curada.

35 En la sentencia T-728 de 2002 una mujer indígena fue investigada por haber utilizado a su hija, menor de edad, para transportar los narcóticos fuera de los linderos del resguardo sin ser detectada por las autoridades. En ese caso, la Corte consideró, en relación con la inimputabilidad por diversidad cultural (IDC), que es imprescindible tener “en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece para determinar si es conveniente el juzgamiento del indígena por parte del sistema jurídico nacional”. Así, el hecho de que la acusada hubiera utilizado a su hija para la consumación de un hecho punible permite intuir que conocía la ilicitud de ese acto tal y como se concibe por la cultura mayoritaria, por tanto la competencia en este caso fue otorgada a la jurisdicción ordinaria.

36 Sentencia C-370 de 2002.

37 Y continúa: “Por otra parte, establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, 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, en condiciones de aislamiento, y que vivían y se determinaban por las pautas de conducta imperantes en su comunidad.” [T-1238 de 2004].

38 “el factor territorial debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura (Sentencia T-634 de 1999)”. Sentencia T-617 de 2010.

39 Esta noción de territorio hace eco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de territorios colectivos de las comunidades indígenas: “La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana” Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C No. 125.

40 Estos criterios deben aplicarse con cautela en casos de comunidades indígenas que, por causa de desplazamiento forzado, han tenido que reubicarse o se encuentran en procesos de retorno. Algunas de estas comunidades pueden tener la institucionalidad necesaria para conocer el caso pese a no estar, temporalmente, residiendo en su ámbito territorial.

41 Sobre la institucionalidad, esta Corporación ha señalado: “Esa institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios-, y constituye una garantía primordial para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento, además, permite conservar la armonía de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad” Sentencia T-617 de 2010.

42 Sobre los objetivos que persigue la verificación del elemento institucional, esta Corte ha señalado: “Este elemento, además, permite conservar la armonía de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad” Sentencia T-617 de 2010.

43 Esta Corporación ha reconocido que en un Estado Social de Derecho y en una democracia participativa, los derechos de las víctimas de un delito resultan especialmente relevantes. Por ello, el Constituyente elevó a rango constitucional el concepto de víctima, lo cual coincide con los principios medulares la búsqueda de la justicia (CP preámbulo y art. 2) y el acceso a la justicia (CP art. 229). En ese orden de ideas la Corporación ha precisado: “la protección que la Carta de 1991 reconoce a las víctimas no se refiere exclusivamente a la reparación de los daños que les ocasione el delito -aspecto tradicionalmente considerado-, sino también a la protección integral de sus derechos a la verdad y a la justicia”. Sentencia C-823 de 2005. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha defendido que los derechos de las víctimas comprenden, en sentido amplio, la persecución de la verdad, la justicia y la reparación. Sobre el derecho a la verdad, en el Caso Baldeón García la CIDH manifestó: “Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación para la víctima y sus

familiares y da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer. Por otra parte, el conocer la verdad facilita a la sociedad peruana la búsqueda de formas de prevenir este tipo de violaciones en el futuro”. En cuanto a las exigencias del derecho a la justicia, la Corte Interamericana ha señalado: “El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente (...) pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio non bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar”. Caso Almonacid vs. Chile.

44 Evaluar el contenido de los usos y costumbres de cada comunidad y su conformidad con la Constitución no podría ser materia de examen previo, sino ex post, tal y como lo ha dicho la Corte en la sentencia T-552 de 2003: “Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas”

45 Sentencia T-552 de 2003.

46 Sentencia T-617 de 2010

47 Cfr. Sentencias T-523 de 1997, T-552 de 2003, T-514 de 2009, T-903 de 2009, en la que se permitió que la comunidad conociera de un asunto “civil” -relacionado con el dominio, posesión o tenencia de un bien inmueble- por primera vez, y consideró válida la posibilidad de que la comunidad fallara en equidad.

48 En este sentido, “no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o reconstrucción”. Sentencia T-617 de 2010.

49 Sentencia T-617 de 2010.

50 Esto con fundamento en la estructura y funcionamiento de la justicia penal militar: "(...) es indudable que los jueces de instrucción penal militar tienen una competencia excepcional, pues sólo pueden investigar los hechos punibles amparados por fuero militar". Sentencia C-928 de 2007.

51 Sentencia T - 617 de 2010.

52 "(...) es claro que para extraer un caso de la justicia ordinaria y remitirlo a la jurisdicción especial indígena deben configurarse todos los elementos que aseguren el ejercicio efectivo de la coerción social en el ámbito territorial de la comunidad o resguardo concernido, en virtud del carácter excepcional de las jurisdiccionales especiales. Sin embargo, frente a la jurisdicción especial indígena, al hacer la evaluación específica de cada uno de los elementos definitorios del fuero, el juez puede adoptar una forma de interpretación más amplia, orientada a garantizar al máximo la vigencia de los derechos colectivos de la comunidad" Sentencia T-617 de 2010.

54 Sentencia T-617 de 2010.

55 "En el núcleo de la Constitución de 1991 existe una tensión entre unidad y diversidad cultural que ha generado obstáculos para el adecuado desarrollo jurídico y para la adecuada aplicación de los derechos concedidos a las minorías culturales. Cada uno de los extremos de la tensión entre unidad y diversidad está conformado por dos conjuntos de valores, principios y/o derechos constitucionales. El polo de la tensión constitucional referente a la "diversidad cultural" está constituido por los derechos culturales concedidos a las minorías y por el reconocimiento de que Colombia es un Estado multicultural y multiétnico. El polo de la "unidad cultural" del conflicto está compuesto por los principios constitucionales que declaran la unidad y la soberanía nacional, por una parte, y por la visión universalista de la dignidad humana que se encuentra en el centro de la Constitución, por otra." Bonilla Maldonado, Daniel (2006). *La Constitución Multicultural*, Bogotá, Universidad de Los Andes, p. 31.

56 "La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez

está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción". Sentencia SU-961 de 1999.

57 ARTICULO 256. Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones;

(...).

Ley 270 de 1996. ARTICULO 112. FUNCIONES DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA. Corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

(...)

1. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones (...)

(...)

58 La doctrina ha reflexionado in extenso sobre la importancia creciente de la argumentación como práctica recurrente en los modernos Estados constitucionales. El filósofo del derecho español Manuel Atienza Rodríguez ha hecho énfasis en la necesidad de que la autoridad, incluidos los jueces, expliquen sus decisiones con suficiencia: "A diferencia de lo que ocurría en el "Estado legislativo", en el "Estado constitucional" el poder del legislador y de cualquier órgano estatal es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por

tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado legislativo de Derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de Derecho) supone el sometimiento completo del poder al Derecho, a la razón: la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de los órganos públicos". Atienza, Manuel, El Derecho como argumentación, Barcelona, Ariel, 2006, p. 17.

59Cfr. Sentencia T-302 de 2008.

60Sentencia T-233 de 2007.

61 Sentencia T-302 de 2008.

62Puede verse además la sentencia T-1285 de 2005. MP. Clara Inés Vargas y la sentencia T-567 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

63En la Sentencia T- 292 de 2006 se estableció respecto a la identificación de la Ratio Decidendi, "Puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la ratio de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Esta Corporación ha indicado que la ratio decidendi sobre un tema jurídico puede consolidarse "en una oportunidad posterior", esto es, cuando de manera reiterada se reafirma la regla del fallo inicial en otros casos. En ese sentido, si bien la ratio de una sentencia surge de la sentencia misma, los fallos posteriores de la Corte ofrecen los criterios autorizados para identificar adecuadamente dicha ratio; de manera tal que le permiten al juez o quien habrá de aplicar una sentencia, ser fiel a una interpretación constitucional determinada".

64 Dijo la Corte en la Sentencia T- 292 de 2006 respecto al deber que tienen los jueces de

justificar el cambio de precedente que, “El respeto a los precedentes no les permite a las autoridades judiciales desligarse inopinadamente de los antecedentes dictados por sus superiores. De hecho, como el texto de la ley no siempre resulta aplicable mecánicamente, y es el juez quien generalmente debe darle coherencia a través de su interpretación normativa, su compromiso de integrar el precedente es ineludible, salvo que mediante justificación debidamente fundada, el operador decida apartarse de la posición fijada por la Corte, o eventualmente, por su superior funcional (...)”.

65 En la sentencia T-482 de 2011 la Corte señaló que, para decidir sobre la procedencia de la acción de tutela por el desconocimiento del precedente aplicable al caso, es necesario: “(i) determinar la existencia de un precedente o de un grupo de precedentes aplicables al caso concreto y distinguir las reglas decisionales contenidas en estos precedentes; (ii) comprobar que el fallo judicial impugnado debió tomar en cuenta necesariamente tales precedentes pues de no hacerlo incurriría en un desconocimiento del principio de igualdad; (iii) verificar si el juez tuvo razones fundadas para apartarse del precedente judicial bien por encontrar diferencias fácticas entre el precedente y el caso analizado, bien por considerar que la decisión debería ser adoptada de otra manera para lograr una interpretación más armónica en relación con los principios constitucionales, y más favorable a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio pro homine”

66 Esta causal se configura cuando el alcance que da un juez a una disposición normativa es abiertamente contrario a la Constitución o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Cfr. Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000, T-1031 de 2001, T-522 de 2001.

67 La noción de caso difícil reenvía, inevitablemente, al pensamiento jurídico de Ronald Dworkin. Dworkin, uno de los filósofos del derecho más importantes del siglo XX, ha defendido la tesis de que los jueces frecuentemente se enfrentan a casos para los que el Derecho no proporciona una solución. Ya sea por la falta de claridad del lenguaje o por las lagunas que presenta la Ley, un caso difícil será aquel en el cual el juez no dispone de una norma jurídica que establezca un criterio claro y concreto para resolverlo. Otro tipo de casos

difíciles se presentaría cuando el juez se enfrenta a una situación que refleja la falta de consenso en la sociedad sobre un tema determinado, lo cual lleva a los juristas a defender posiciones contrapuestas con argumentos racionales. En este sentido, la dificultad de un caso no estribaría -solamente- en el vacío legal, sino en que el caso es, en sí, un asunto socialmente enrevesado alrededor del cual los distintos sectores sociales pueden argumentar razonablemente. De cualquier modo, explica Dworkin, cuando el juez se encuentra ante un caso difícil debe recurrir a un ejercicio de ponderación de principios, ejercicio en el cual es fundamental valorar su importancia. Ver: "Taking Rights Seriously" texto publicado en 1977 donde Dworkin recoge las tesis planteadas años atrás en el artículo "Hard Cases" (Harvard Law Review, vol. 88, 1975, p.1057).

68 La doctrina ha caracterizado la ponderación como el método que se ocupa de la aplicación de los principios en tanto normas cuya estructura contiene mandatos de optimización. Esto quiere decir que, cuando el juez se encuentra frente a un caso en el cual las posibilidades jurídicas están limitadas por la aplicación de normas que ordenan "que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes", se impone la realización de un ejercicio de ponderación, que será, en principio, una forma para resolver la incompatibilidad. Siguiendo a Robert Alexy, la estructura de la ponderación se compone de tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. Cfr. Robert Alexy, Teoría de los derechos fundamentales, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86 y 87.

69 El concepto de relativismo ético moderado se contrapone al de relativismo ético extremo. En la sentencia T-254 de 1994 la Corte acogió el primero siguiendo las reflexiones de Agnes Heller: "Para esta autora, el verdadero respeto de la diversidad cultural impone el respeto absoluto a los parámetros valorativos de las diversas culturas, y obliga a propender por un relativismo moderado en el que se admita la comparabilidad entre culturas bajo la fórmula de la tolerancia y el respeto de la especificidad cultural, salvo los casos en que esta encubra un inaceptable doble código de valores y una situación de fuerza o coacción susceptible de afectar la vida, la integridad o la libertad de la persona. La necesidad de defender unos mínimos universales éticos que permitan trascender la especificidad de las diferentes culturas y construir un marco de entendimiento y diálogo entre las civilizaciones justifica la adopción de las Cartas Internacionales de Derechos Humanos".

70 Sobre la obligación de argumentación en cabeza del funcionario judicial, esta Corte ha establecido: “no cabe duda que la más trascendental de las atribuciones asignadas al juez y la que constituye la esencia misma del deber constitucional de administrar justicia, es la de resolver, con imparcialidad, en forma oportuna, efectiva y definitiva los asuntos que los sujetos procesales someten a su consideración (Art. 228 C.P.). Para ello, es indispensable (...) que sean analizados todos los hechos y asuntos planteados dentro del debate judicial e, inclusive, que se expliquen en forma diáfana, juiciosa y debidamente sustentada, las razones que llevaron al juez para desechar o para aprobar los cargos que fundamenten el caso en concreto”. Sentencia C-037 de 1996.

71 Sentencia T-233 de 2007

72 Ídem.

73 Sentencia T-617 de 2010.

74 Íbid.

75 Este análisis tripartito es planteado por Robert Alexy, a quien la Sala sigue en este aparte. cfr. Alexy, Robert (1997). Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid.

76 En gracia de discusión, podría argumentarse que, pese a la inexistencia de una institucionalidad que permita a las autoridades tradicionales del resguardo Los Guayabos asumir el conocimiento de asuntos relacionados con la agresión a la integridad sexual de los menores, existe al interior de la comunidad una noción de nocividad alrededor de estos casos que podría erigirse en un principio básico para su juzgamiento. Al respecto, la Sala sigue la terminología utilizada por Robert Alexy en el Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales. En este estudio, escrito 15 años después de la publicación de su Teoría, Alexy se decanta por una óptica según la cual la decisión a favor de un bien jurídico debe ser “no desproporcionada” respecto al bien jurídico opuesto. En el caso sub examine, la Corte estima que, si bien la justicia propia del resguardo Los Guayabos no puede calificarse de ineficaz o primitiva, otorgar la competencia del caso a la justicia ordinaria no afecta de manera desproporcionada la autonomía del resguardo.

77Sentencia T- 617 de 2010.