

T-098-14

Sentencia T-098/14

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DERECHOS INDIVIDUALES DE SUS MIEMBROS-Caso en que se despide una funcionaria de una IPS indígena por dejar de asistir a su trabajo durante trece días hábiles

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL EN LA CONSTITUCION DE 1991-Reiteración de jurisprudencia

La Constitución de 1991 elevó al rango de principios fundantes del Estado el pluralismo y la participación, y dispuso el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, proclamando que todas las culturas merecen igual respeto. Admitiendo la composición multicultural del país, y la discriminación histórica a la que habían sido sometidos algunos grupos sociales en razón de su etnia, raza y cultura, el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia, y la considera un bien susceptible de protección constitucional.

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DERECHOS INDIVIDUALES DE SUS MIEMBROS-Criterios para solución de conflictos que puedan presentarse

En diversas ocasiones la Corte ha estudiado acciones de tutela en las que miembros de una comunidad indígena alegan sus autoridades han tomado decisiones de carácter sancionatorio que desconocen sus derechos fundamentales. Estas situaciones plantean una tensión básica: de un lado, la Constitución reconoce la autonomía de las comunidades indígenas para tramitar y dar solución a los conflictos que se presenten en su interior, especialmente, al decir que los pueblos indígenas podrán “ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos (...)”; pero de otro lado, la Corte y las autoridades judiciales no pueden dejar de velar por y la protección de los derechos fundamentales individuales consagrados en la misma Constitución, de los que son titulares los miembros de comunidades. Para resolver los posibles choques derivados de esta tensión, la jurisprudencia ha decantado varios criterios generales de interpretación de asuntos constitucionales que involucran la autonomía indígena; ha establecido algunos factores - elementos que contribuyen a definir la

competencia de la comunidad indígena o de la jurisdicción ordinaria para dirimir un conflicto, y ha señalado cuáles son los límites de la autonomía indígena a la hora de resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

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

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Aspectos que determinan la competencia/FUERO INDIGENA-Elementos estructurales

LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Parámetros que ha establecido la Corte Constitucional

Los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible: el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal.

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE COMUNIDAD INDIGENA-Régimen de beneficios administrativos: Autonomía que tienen las comunidades indígenas para administrar EPS propias de las comunidades

El ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte han reconocido de manera amplia la autonomía que tienen las comunidades indígenas para administrar EPS propias de las comunidades, incluso para resolver los conflictos derivados de esta actividad de administración. Esto es expresión del reconocimiento de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, en especial sus derechos a la salud, a la autodeterminación y a la identidad étnica y cultural. Además, garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la Carta Política y de los tratados internacionales ratificados por Colombia en la materia.

PRINCIPIO DE PREVISIBILIDAD-Solicitar a la Directiva Central del Pueblo Indígena revisar el

proceso disciplinario adelantado contra la actora y tomar una nueva decisión garantizando el principio de previsibilidad

Referencia: expediente T-3.510.472

Acción de tutela instaurada por Ibeth Izquierdo Pabón contra la IPS-I Wintukwa.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., el veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías de Valledupar y el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda

1. Ibeth Izquierdo Pabón presentó acción de tutela contra la IPS-I Wintukwa por considerar que esta entidad vulneró sus derechos al debido proceso y al trabajo con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1.1. Desde el 2006 la accionante desempeñó el cargo de Coordinadora Administrativa y Financiera en la Institución Prestadora de Salud Indígena (IPS-I) Wintukwa, institución de salud del pueblo Arhuaco de la Sierra ubicada en Valledupar (Cesar)[1].

1.2. El 5 de agosto de 2011, la gerente de la IPS-I Wintukwa inició un proceso disciplinario contra la señora Izquierdo por dejar de asistir de manera injustificada a su

trabajo durante 13 días hábiles[2].

1.3. En su escrito de descargos, la accionante sostuvo que la mencionada ausencia estaba justificada. Al respecto señaló lo siguiente[3]:

1.3.1 Que informó a las directivas de la IPS-S que el 9 de junio de 2011 debía ser sometida a una cirugía en la Clínica de la Mujer de la ciudad de Bogotá, la cual sería costeadada por ella misma puesto que se encontraba fuera del POS. Según la actora, las directivas le concedieron permiso y le permitieron tomar un período de vacaciones entre el 22 de junio y el 12 de julio.

1.3.2 Que posteriormente comunicó a las directivas de la IPS-S que aplazaría la cirugía, toda vez que las autoridades del Resguardo Arhuaco de la comunidad de Gun awurun le pidieron adelantar un trabajo de saneamiento tradicional (murunsuma). Ella afirma que este trabajo, que fue exigido porque la accionante tuvo una relación sentimental con el señor Edinson Izquierdo, fue cumplido a cabalidad.

1.3.3 Que la accionante fue intervenida quirúrgicamente el 9 de julio de 2011. Aunque informó este hecho por teléfono a la entidad, solo aportó la incapacidad otorgada por el cirujano particular cuando retornó a su trabajo el primero de agosto del mismo año, es decir, varios días después de finalizado su período de vacaciones.

1.5 En las reuniones llevadas a cabo el 28 de agosto de 2011 y el 31 de agosto de 2011 en la población de Gun awurun, los mamos decidieron lo siguiente: “los funcionarios deberán presentarse en Kakurwa - Kaldukwu de Simunurwa para que los mamos encargados en salud hagan las orientaciones de trabajo tradicional para que sea desarrollado por los miembros de dicha empresa. Así mismo la señora Ibeth Izquierdo debe cumplir la anterior decisión para que se pueda reintegrar nuevamente en las labores dentro de la empresa”[5].

1.6 La accionante acudió a Simunurwa para realizar el saneamiento pero “el cabildo Jaime Márquez [le] dijo que harían el trabajo solo si también iban los señores Edinson Izquierdo y Alcira Izquierdo”[6]. Según ella, esto fue algo inesperado porque el mamo de la población de Seykun le dijo que bastaba que fuera sola. Con todo, la accionante manifiesta haber informado a estas dos personas sobre la exigencia del saneamiento sin haber

obtenido respuesta alguna.

1.7 El 22 de noviembre de 2011, dos mamos, el comisario y un representante del cabildo del Centro Simunurwa manifestaron que las conductas imputadas a la señora Ibeth Izquierdo Pabón constituían una falta grave. Al respecto, afirmaron: “se requiere un saneamiento tradicional de las personas implicadas inicialmente y que desde si continuaría los restos de funcionarios en el cumplimiento tradicional (sic), pero de esto vemos que no hay entendimiento de las personas implicadas”[7]. Por esta razón, decidieron dar “facultad a la gerente de Wintukwa, tomar la determinación (sic) y dar nombramiento a nuevos funcionarios que cumplan los requisitos que la empresa exige”[8].

1.8 Atendiendo a ello, la Gerente de la IPS-I accionada, mediante Resolución 002 de diciembre 26 de 2011, dio por terminado el contrato laboral de Ibeth Izquierdo Pabón. En dicha resolución reiteró el carácter injustificado de su ausencia en el trabajo, y añadió el incumplimiento de la actora en relación con la exigencia de saneamiento espiritual.

1.9 La accionante considera que la decisión adoptada en la Resolución 002 de diciembre 26 de 2011 desconoció el debido proceso porque el cumplimiento de la sanción impuesta depende de la participación de un tercero en los trabajos de saneamiento, pese a que ella no está en capacidad de exigirle su asistencia. Además, esta es una condición que no estaba prevista en el momento en el que se ordenó realizar el saneamiento espiritual, por lo tanto, también ignoró el principio de legalidad.

1.10 Finalmente, la actora manifiesta que el despido puede ocasionarle un perjuicio irremediable puesto que no tiene trabajo, y de éste depende el sostenimiento de sus dos hijos menores. Al respecto, advirtió que el padre de los niños le adeuda dinero por concepto de cuotas alimentarias, y que está obligada a pagar un crédito bancario.

2. La demanda de tutela fue admitida el 29 de diciembre de 2011 por el Juzgado Tercero Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías del Distrito de Valledupar.

Del fallo de primera instancia.

3. Mediante providencia del 13 de enero de 2012, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Garantías de Valledupar decidió negar por improcedente el amparo, porque consideró que

las pretensiones de la accionante estaban relacionadas con la solicitud de un reintegro laboral y la decisión de una situación litigiosa que escapa al ámbito de análisis del juez constitucional.

De la impugnación e intervención de la parte demandada.

4. La accionante impugnó oportunamente la decisión del juez de primera instancia reiterando los argumentos presentados en la demanda de tutela, y añadió que ella solicitó el reintegro a su cargo a través de esta acción porque de su trabajo depende el mínimo vital de sus hijos, y porque en la jurisdicción ordinaria es posible que no puedan resolver nada debido a las órdenes dadas por los mamos, autoridades espirituales del pueblo arhuaco.

5. La IPS-I accionada no intervino en el trámite de la tutela sino hasta que la accionante impugnó el fallo de primera instancia. En ese momento, manifestó que el conflicto suscitado entre Ibeth Izquierdo Pabón y la IPS-I WINTUKWA no podía examinarse a través de una acción de tutela, puesto que la accionante podía iniciar un proceso ordinario laboral.

Del fallo de segunda instancia.

6. El Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, en sentencia del 22 de febrero de 2012, revocó la decisión del a quo. En su lugar, tuteló el derecho al mínimo vital de la accionante y, en consecuencia, ordenó a la gerente de la IPS-I que reintegrara a la accionante al cargo que desempeñaba, y le pagara los salarios dejados de percibir. En todo caso, le advirtió a la actora que esto no la exoneraba de la medida correctiva impuesta por las autoridades tradicionales de la comunidad, la cual debía cumplir en cuanto fuera posible.

El Juzgado consideró que si bien es cierto que la accionante contaba con otros mecanismos de defensa judicial y que las autoridades indígenas ejercen de forma autónoma su potestad jurisdiccional, también lo es que se probó que hay dos niños pequeños que están a cargo de la accionante, y que ellos pueden verse irremediablemente perjudicados si no se amparan los derechos de la actora. Según el juez, esta situación justificaba la intervención constitucional sin que ello implicara desconocer los mandatos de las autoridades espirituales del resguardo.

Intervención de los miembros de la mesa directiva de la Confederación Indígena Tayrona (C.I.T)

7. Las autoridades del Resguardo Indígena Arhuaco de la Sierra agrupadas en esta confederación, manifestaron su desacuerdo con el fallo adoptado en segunda instancia pues consideraron que la decisión “es un desconocimiento y una violación flagrante a las decisiones judiciales tomadas por el pueblo arhuaco, representadas por sus autoridades que constitucionalmente están reconocidas”. En su concepto, las autoridades tradicionales eran las competentes para resolver el conflicto toda vez que las faltas cometidas por la accionante desconocieron un mandato disciplinario de la comunidad, y una cláusula del contrato de trabajo que la obliga a cumplir con los procesos tradicionales de orden espiritual impuestos por la comunidad.

Debido a ello, comunicaron al juez que resolvió la tutela en segunda instancia lo siguiente: “en carta dirigida a la señora gerente de WINTUKWA I.P.S.I BENERESA MÁRQUEZ MALO ordenamos que se abstenga de dar cumplimiento al fallo de tutela emitido por su despacho (...) y le resaltamos a la señora GERENTE que de acatar el fallo proferido por su despacho será sujeta de las sanciones correspondientes que como miembro de esta comunidad le podríamos imponer eventualmente”[9].

8. Para empezar, el Magistrado Sustanciador ofició a la IPS-I Wintukwa con el fin de que informara a la Corte sobre el tipo de relación laboral mediante la cual Ibeth Izquierdo Pabón estuvo vinculada a la entidad, así como los estatutos vigentes de la IPS y la copia del reglamento interno de trabajo.

8.1 Al respecto, la IPS constató que la accionante estuvo vinculada a la entidad a través de contrato de trabajo entre el 2 de abril de 2006 y el 26 de diciembre de 2011 en el cargo de Coordinadora Administrativa y Financiera. Además, aportó los estatutos y el reglamento interno de la IPS-I, los cuales serán analizados por la Sala en su oportunidad.

9. Adicionalmente, el Magistrado Sustanciador ofició al Gobernador del Pueblo Arhuaco de la Sierra para que, con el fin de resolver este asunto, colaborara a la Corte ilustrándola sobre las razones por las cuales las autoridades consideraron que la accionante no cumplió con la exigencia de practicar el saneamiento espiritual ordenado por las autoridades; y las instancias o procedimientos tradicionales a los que hubiera podido o podría acudir la

accionante para solicitar la revisión o modificación de las decisiones adoptadas.

9.1 En su respuesta, los intervinientes comenzaron por plantear el contexto en el cual se adoptaron las decisiones cuestionadas por la accionante. Señalaron que en el marco de la cultura arhuaca el empleo o trabajo asalariado no es un derecho fundamental sino un “modo de ganarse el sustento que está fuera de las costumbres y el modo de vida auténtico de la cultura”. Esto último consiste más bien en unas “labores propias de la mujer y otras propias del hombre, y es el acceso a estas actividades lo que pasa a ser un derecho fundamental”.

Pero cuando una persona logra obtener un trabajo asalariado mediante el desarrollo de actividades públicas, la comunidad tiene razones de orden espiritual y social que explican por qué es necesario que “lleven una vida ordenada de acuerdo a los cánones de las leyes ancestrales y sean preparadas espiritualmente para el desarrollo de sus actividades. (...) Por esta razón, tanto en la conciencia de la colectividad arhuaca como en el reglamento de trabajo de WINTUKWA IPSI está fijado ese criterio, que es una especie de requisito de idoneidad (...)”.

9.2 En cuanto a la situación concreta, manifestaron que la terminación del contrato obedeció a que Ibeth Izquierdo no se había sometido al cumplimiento de lo ordenado por los mamos, lo cual constituye una condición para el ejercicio del cargo. A su turno, las órdenes dadas por los mamos tuvieron lugar porque la accionante se encontraba inscrita en un orden espiritual para efectos de su desempeño laboral en WINTUKWA IPS-I, como mujer casada y con hijos. Pero luego de que resultara involucrada en relaciones sentimentales con un hombre indígena que se encontraba en proceso de matrimonio con otra mujer, se hizo necesario realizar un proceso de saneamiento que la acoplara en el orden espiritual a su nueva condición.

Para la realización del saneamiento “se conoció que el mamo de Simunurwa le exigía a la señora Ibeth presentarse con el señor con quien estableció relaciones de pareja de manera irregular; pero hizo caso omiso a los llamados, aduciendo que dicho señor no estaba dispuesto a presentarse en ese lugar. Negó la señora Ibeth saber dónde ubicarlo, pero según varios testigos ella y él se encontraban conviviendo de manera clandestina, lo que llevó al mamo a determinar que dada la renuencia de Ibeth al cumplimiento de lo que le

correspondía hacer debía ser retirada del cargo, pues de esa manera no era posible mantener el equilibrio espiritual que se requiere dentro de la empresa (...).”

En todo caso, tratándose del desempeño laboral, las autoridades aclararon que “una vez saneada la falta queda borrada la tacha de conducta de la persona y se restablecen las posibilidades de retornar a un cargo u ocupar otro, sin recriminación por parte de la comunidad o de los mamos”.

9.3 Para terminar, manifestaron que la accionante podía acudir a la Directiva Central del Pueblo Arhuaco, y más exactamente ante el Comisario Central de Nabusímake y Fiscal General del Pueblo Arhuaco, con el fin de lograr la revisión de las decisiones con las que se muestra inconforme.

En cuanto al procedimiento de revisión, manifestaron que una vez hecha la solicitud las autoridades mencionadas promueven una reunión especial donde deben participar las partes en conflicto y las autoridades y mamos que intervinieron en la decisión. Para este caso, deberían estar presentes la accionante; la gerente de Wintukwa IPS-I; delegados del asentamiento de Gun Aruwun; el mamo de Simunurwa, por ser él el encargado espiritual de los funcionarios de la empresa accionada; por lo menos una autoridad reconocida que no haya participado en el proceso; por lo menos un mamo mayor que tampoco haya participado, y el Fiscal General o el Comisario Central como representantes de la Directiva. Adicionalmente, “por ser el asunto del contrato laboral un aspecto más técnico, que involucra conceptos y reglas de la jurisdicción ordinaria, es factible que se requiera de la participación o concepto de un abogado o experto en la materia” si así lo determinan pertinente los miembros de la Directiva Central.

10. Por último, el magistrado sustanciador solicitó al ICANH ilustrar a la Corte sobre el caso objeto de estudio, refiriéndose especialmente al cumplimiento de la práctica de saneamientos y trabajos espirituales en el pueblo arhuaco y el Resguardo Arhuaco de la Sierra, así como sobre la articulación entre las IPS-I y las autoridades tradicionales de la comunidad.

10.1 Sobre lo primero, el Director delegado del ICANH, Ernesto Montenegro, manifestó que aunque en la jurisdicción ordinaria se entiende que las sanciones son personales, las comunidades indígenas no se basan en ese principio, sino en otros “que privilegian lo

colectivo frente a lo individual, por lo que es entendible que se incluya a un tercero en los procedimientos sancionatorios o de reparación de una falta así considerada según la jurisdicción indígena”.

En el caso de la comunidad arhuaca en particular, el Director afirmó: “sabemos que es normal que, cuando una persona comete una falta, la reparación tenga que implicar a su compañero/a sentimental, y que dicha reparación implique un ritual de saneamiento. No es pues sorprendente que los representantes legales y los funcionarios indígenas deban realizar rituales de saneamiento, especialmente cuando se cometen faltas o se generen conflictos. En estos casos los rituales deben realizarse en pareja”.

10.2 Por su parte, el Director encargado del ICANH señaló que aunque no es posible generalizar las características del vínculo que existe entre las comunidades indígenas y las IPS propias, la IPS Wintukwa sí depende de la Confederación Indígena Tayrona (CIT) y, por consiguiente, desarrolla sus actividades siguiendo las políticas generales y organizativas determinadas por la Asamblea general de esa colectividad. Es decir, que la dirección y todos sus altos funcionarios son nombrados por la Asamblea del pueblo respectivo, y ella es informada de todas las situaciones que se presentan en la IPS-I.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos.

Teniendo en cuenta los antecedentes de este caso la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿Se desconocen los derechos fundamentales de una indígena al dar por terminada la relación laboral que tiene con una IPS del pueblo al que pertenece, debido a que no cumplió con el saneamiento espiritual ordenado por las autoridades de su comunidad?

Para ello, es preciso tener en cuenta que (i) el trámite disciplinario interno ante la IPS inició por la injustificada ausencia de la trabajadora de su lugar de trabajo; (ii) que en la fecha programada para el saneamiento el mamo le comunicó que debían comparecer otras dos personas que estaban (o estuvieron) involucradas con ella sentimentalmente y (iii) que, según la accionante, estas personas se negaron a asistir.

No obstante, antes de tomar una decisión la Sala debe estudiar si la acción de tutela es procedente o si la accionante debía acudir al proceso ordinario laboral o a los procedimientos internos de su comunidad.

Con el fin de resolver los asuntos planteados, la Sala comenzará por reiterar la jurisprudencia sobre el alcance y las consecuencias de la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas en la Constitución de 1991. A continuación, recordará los criterios establecidos por la Corte para resolver los conflictos surgidos entre las decisiones sancionatorias adoptadas por las comunidades indígenas en virtud de la autonomía comunitaria y los derechos fundamentales del individuo sancionado. Luego, hará una breve referencia al régimen constitucional y legal de las EPS indígenas. Finalmente, dentro de este marco jurídico, resolverá el caso concreto.

La protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas en la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia[10].

1. La Constitución de 1991 elevó al rango de principios fundantes del Estado el pluralismo y la participación[11], y dispuso el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural[12], proclamando que todas las culturas merecen igual respeto[13]. Admitiendo la composición multicultural del país, y la discriminación histórica a la que habían sido sometidos algunos grupos sociales en razón de su etnia, raza y cultura, el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia, y la considera un bien susceptible de protección constitucional[14].

La Corte ha señalado de forma insistente que estos mandatos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia. De entre ellos debe resaltarse el Convenio 169 de la OIT, “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”[15], cuyas disposiciones se caracterizan por un enfoque de respeto

por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, y por el reconocimiento de algunos derechos como la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros; y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la materia, por lo que es una pauta de interpretación de los derechos fundamentales que debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional.

2. A partir de esto, la Corte estableció, desde la sentencia T-380 de 1993, que: (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; (ii) esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos; (iii) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos:

“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” [16]

En este orden de ideas, se ha reiterado que las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de las comunidades indígenas, con todos los atributos legales y políticos que ello comporta, ostentan el rango de normas de derechos fundamentales y que, por tanto, la acción de tutela es procedente “tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas, y las autoridades tradicionales; como para la protección de los derechos de la comunidad[17]”[18]

3. En todo caso, la Corte ha admitido que los derechos y principios derivados de este reconocimiento internacional y constitucional, que pueden agruparse principalmente en los principios de diversidad cultural e integridad étnica, participación, autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas, pueden entrar en conflicto con otros principios constitucionales de la sociedad mayoritaria, e incluso con los derechos fundamentales de los indígenas, en tanto habitantes del territorio nacional. Por ello, la Corte ha previsto

algunos criterios para la solución de dichas tensiones, y ha señalado los límites de la autonomía de las comunidades indígenas[19]. A continuación, teniendo en cuenta las particularidades del asunto sometido a la revisión de la Corte, la Sala entrará a profundizar en los criterios previstos para una de esas tensiones.

La tensión entre el ejercicio de la autonomía de las comunidades indígenas, especialmente en el ámbito sancionatorio y jurisdiccional, y los derechos fundamentales de sus miembros. Reiteración de jurisprudencia.

5. En efecto, por una parte, las autoridades indígenas ejercen la potestad jurisdiccional de que trata el artículo 246 de la Constitución al decir: “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”.

Tal como lo recuerda la sentencia T-617 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), el contenido de esta norma comprende: (i) la facultad de las comunidades 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; y (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación interjurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada[21].

En este marco, la Corte ha fallado numerosos casos en los que define la autoridad competente para decidir un asunto penal, y si las sanciones adoptadas por la comunidad desconocen los derechos individuales de sus miembros[22]. Pero del mismo modo ha reconocido que la cláusula del artículo 246 C.N no se limita al ámbito penal, sino que cubre otro tipo de conflictos que en el marco jurídico ordinario podrían enmarcarse como asuntos sancionatorios del orden laboral[23], ambiental[24], educativo[25] y de familia[26], y por supuesto otros conflictos relativos a la aplicación del derecho propio de la comunidad que no se enmarcarían en ninguna de las especialidades de la jurisdicción ordinaria[27].

7. Por otra parte, la sentencia SU-510 de 1998 la Corte reconoció que: “[e]n la esfera de las

libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate). [Y que e]n lo que atañe al contenido y alcance del manejo autónomo de los pueblos indígenas, 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)”.

Por esto, señaló que “la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones[28]”.

8. Para resolver los posibles choques derivados de esta tensión, la jurisprudencia ha decantado varios criterios generales de interpretación de asuntos constitucionales que involucran la autonomía indígena; ha establecido algunos factores - elementos que contribuyen a definir la competencia de la comunidad indígena o de la jurisdicción ordinaria para dirimir un conflicto, y ha señalado cuáles son los límites de la autonomía indígena a la hora de resolver las controversias sometidas a su conocimiento.

Principios generales de interpretación.

9. En cuanto a lo primero, la sentencia T-514 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) precisó tres criterios generales de interpretación empleados de forma recurrente en la jurisprudencia relativa a la autonomía jurisdiccional indígena. Estos exigen un ejercicio de ponderación por parte de los jueces constitucionales y, por tanto, deben aplicarse en atención a las particularidades del caso concreto y de la comunidad indígena involucrada. En ningún caso pretenden disponer soluciones únicas o reglas definitivas en torno a los conflictos surgidos entre la comunidad indígena y sus miembros[29]:

9.1 Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)[30]: de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades

indígenas, cuando estas (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[31]. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad[32].

9.2 Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión[33].

9.3 Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Este principio debe ser interpretado como una pauta interpretativa según la cual las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica[34].

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 es de mayor entidad en el segundo caso. Pues, sin perjuicio de las exigencias del principio de legalidad, el respeto por la diversidad cultural supone el derecho de cada comunidad a determinar si desea conservar sus tradiciones o incorporar algunos elementos de culturas ajenas, y hasta qué grado desean hacerlo. Tales decisiones deben ser respetadas por las autoridades del Sistema Jurídico Nacional.

Elementos de la jurisdicción especial indígena.

10. Con este fin, la Corte ha consolidado una línea jurisprudencial que define en qué eventos una persona tiene “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". De acuerdo con la jurisprudencia, los elementos o factores que deben concurrir para determinar en qué situaciones un individuo está cobijado por el fuero indígena son[35]:

10.1 Elemento personal. Según este, el fuero indígena opera si el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo pertenece a una comunidad indígena.

10.2 Elemento territorial. Este factor exige que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico, y que la Constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena debe ser entendido como el ámbito donde se desenvuelve su cultura.

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

10.4 Elemento objetivo. Hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, la Corte ha dicho que si se trata exclusivamente de un interés de la comunidad indígena, el caso debe remitirse a la jurisdicción especial indígena; si es exclusivamente de la sociedad mayoritaria, debe conducirse el caso a la jurisdicción ordinaria, y si la conducta concierne a ambos ámbitos, este criterio no puede establecerse como regla definitiva de competencia sino que debe considerarse en conjunto con los demás criterios presentados.

Límites a la autonomía de las comunidades indígenas.

11. Pero la autonomía de las comunidades indígenas, especialmente en su expresión jurisdiccional, no es absoluta. Tal como lo recuerda el propio artículo 246 superior, encuentra sus límites en la Constitución y la Ley. Para la Corte, esto no significa que cualquier disposición legal o constitucional puede ser un argumento para restringir la autonomía de los pueblos indígenas[36]. Los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible:[37] el

derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal.

12. Sobre el principio de legalidad, la Corte ha establecido que este se proyecta en dos direcciones: por una parte, se refiere a la existencia de instituciones que permitan conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones, o de soluciones a determinados conflictos; por otra, se relaciona con la preexistencia de las formas en que se aplican esas soluciones o se castigan esas conductas. Es decir, al procedimiento. El respeto por el derecho fundamental al debido proceso y al principio de legalidad se concreta así en la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales de la comunidad.[38]

El carácter previsible de las decisiones de las autoridades indígenas debe evaluarse manteniendo presente la existencia de dos limitaciones: en primer término, las prácticas regulativas de buena parte de las comunidades indígenas se encuentran en estado de reconstrucción desde la expedición de la Constitución Política de 1991[39]; de otro lado, la exigencia de previsibilidad no puede implicar la petrificación de las instituciones de las comunidades[40]:

“Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica...”[41]

13. Finalmente, la Corte Constitucional ha considerado que los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades[42]:

De acuerdo con la sentencia T-514 de 2009, esta formulación debe interpretarse en el sentido de que los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a

través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”[44].

Con todo, si bien debe reconocerse que en determinadas circunstancias los derechos fundamentales individuales pueden imponer límites a los derechos de las comunidades, debe tenerse también presente que la Corte Constitucional considera que existen ámbitos de la autonomía en los que la intervención externa es especialmente nociva y, en consecuencia, lo más indicado por parte del juez constitucional es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres[45].

La administración y control de las EPS indígenas por parte de las autoridades tradicionales de estos pueblos.

14. A partir de una lectura sistemática de varias disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales de derechos humanos cuyo valor ha sido reconocido por esta Corte, aparece con claridad que las comunidades indígenas tienen derecho a acceder a servicios de salud que respondan a sus usos y costumbres, y que promuevan su autonomía. En el ordenamiento legal colombiano, este derecho se ha garantizado a partir de la creación de un sistema especial de seguridad social en salud y de entidades propias administradas por las autoridades indígenas que pretenden hacer efectivo el respeto y reconocimiento por sus diferencias.

15. En la Constitución, el derecho a acceder a servicios de salud respetuosos de los usos y costumbres indígenas se deriva del artículo 49 de la Constitución, que consagra el derecho a la salud y la obligación del Estado de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud; del artículo 7 superior que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación; y del artículo 13 de la misma Carta que exige que se otorgue la misma protección y trato a todas las personas sin discriminación por razones raciales o culturales, al tiempo que ordena adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados -como los indígenas- con el fin de promover las

condiciones para que la igualdad sea real y efectiva.

Por su parte, el artículo 25 del Convenio 169 de la OIT, ordena a los Estados poner a disposición de los pueblos indígenas servicios de salud adecuados con el fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental. Para lograrlo considera necesario: (i) que se proporcionen los medios que permitan a los mismos pueblos organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control; (ii) que se organicen, en la medida de lo posible, los servicios de salud a nivel comunitario, de suerte que su planeación y cooperación tenga en cuenta a los pueblos interesados, sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales; (iii) que se dé preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local en el sistema de asistencia sanitaria; y que (iv) que la prestación de los servicios de salud se coordine con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país.

En el mismo sentido, el artículo 24 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que la Corte ha admitido como la posición mayoritaria de la comunidad internacional sobre la materia, consagra que: “los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental (...)”.

16. Como lo indica la sentencia T-920 de 2011 (M.P Jorge Ignacio Pretelt), las prerrogativas concretas otorgadas a los pueblos indígenas en virtud de su autonomía, y del derecho de los indígenas a disfrutar del nivel más alto posible de salud física y mental de acuerdo con sus convicciones y prácticas incluye: “i) producir y emplear sus propias medicinas tradicionales y curativas, ii) organizar y prestar los servicios de salud bajo su propia responsabilidad y control, iii) organizar y prestar los servicios de salud por los miembros de las comunidades indígenas conforme a sus convicciones y creencias y iv) intervenir en la planeación, administración y ejecución de los servicios de salud”.

17. Todos estos requerimientos tendientes a que las comunidades indígenas y sus

miembros gocen plenamente del derecho a la salud conforme a su diversidad étnica y cultural, exigen para su realización que las autoridades indígenas y los cabildos administren sus propias entidades prestadoras de salud bajo su responsabilidad y control.

Por esta razón, la Ley 691 de 2001, “mediante la cual se reglamenta la participación de los grupos étnicos en el sistema general de seguridad social en Colombia”, establece un sistema especial de seguridad social en salud para los pueblos indígenas como afiliados del régimen subsidiado de salud[46] que, según el artículo 181 literal g) de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 330 de 2001, incluyen la posibilidad de que los cabildos y/o las autoridades tradicionales indígenas, conformen Entidades Promotoras de Salud “con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa”.

Para los efectos del funcionamiento interno de las EPS indígenas, conviene resaltar que este régimen convierte a las autoridades indígenas en autoridades competentes del sistema general de seguridad social en salud en sus propios territorios (Art. 4 Ley 691 de 2001) y que “las EPS indígenas atenderán las directrices y orientaciones que les impartan los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en el ámbito de sus respectivas competencias, de conformidad con las normas vigentes” (Art. 8 Decreto 330 de 2001).

18. Estas facultades legales deben ser entendidas como un derecho de la comunidad indígena, entendida como sujeto colectivo independiente de sus miembros, en la medida en que la prestación del servicio de salud es un desarrollo del ejercicio de la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas que se encuentra aparejado al reconocimiento y promoción de la diversidad étnica y cultural de estos pueblos.

En este orden de ideas, el alcance del derecho a conformar Entidades Promotoras de Salud propias incluye, en los términos del Convenio 169 de la OIT, el derecho de las comunidades indígenas a organizar internamente estas entidades. Específicamente los artículos relativos a la sujeción de estas entidades a las autoridades indígenas, deben interpretarse junto con la expresión “bajo su propia responsabilidad y control” del artículo 25 del Convenio en el sentido que, bajo los parámetros mínimos exigidos por las autoridades competentes en salud para asegurar la prestación de este servicio con eficiencia y calidad, la forma en que se organicen internamente estas entidades con los fines del servicio (i) es autónoma; (ii) debe responder a las directrices y orientaciones de los cabildos y/o

autoridades indígenas y, (iii) por tanto, puede incluir normas de funcionamiento ajenas a la sociedad mayoritaria, que reflejen los usos y costumbres particulares de la comunidad.

19. Atendiendo a estos parámetros, en la sentencia T-945 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) la Corte estableció que la autonomía de las comunidades indígenas en la organización y gestión de sus propias entidades de prestación de servicios de salud incluye la resolución de los conflictos generados entre estas empresas y miembros de las comunidades indígenas que trabajan en ellas, siempre y cuando estas empresas y las comunidades que las administran cumplan con los elementos personal, territorial e institucional que conforman el fuero indígena (ver supra 10).

En ese caso, una mujer que trabajaba en una IPS administrada por el pueblo arhuaco instauró acción de tutela invocando la protección de su derecho a la estabilidad laboral reforzada, luego de que las directivas de la IPS dieran por terminada su relación de trabajo sin considerar que se encontraba en estado de embarazo. La Corte encontró que las autoridades indígenas no habían podido pronunciarse sobre este asunto pese a que la accionante era miembro de la comunidad, el despido ocurrió en una población perteneciente a la jurisdicción del pueblo arhuaco, y esta comunidad cuenta con autoridades propias que están facultadas para resolver este tipo de conflictos. Por esta razón, decidió que en este caso concreto la comunidad -y no la justicia ordinaria- debía administrar justicia y resolver este conflicto generado en virtud de la organización autónoma de la prestación del servicio de salud.

20. En síntesis, el ordenamiento jurídico y la jurisprudencia de la Corte han reconocido de manera amplia la autonomía que tienen las comunidades indígenas para administrar EPS propias de las comunidades, incluso para resolver los conflictos derivados de esta actividad de administración. Esto es expresión del reconocimiento de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, en especial sus derechos a la salud, a la autodeterminación y a la identidad étnica y cultural. Además, garantiza el cumplimiento de las obligaciones surgidas de la Carta Política y de los tratados internacionales ratificados por Colombia en la materia.

El caso en concreto.

Procedencia de la acción de tutela.

21. La señora Ibeth Izquierdo Pabón instauró la presente acción de tutela con el propósito de cuestionar su despido de la IPS-I Wintukwa, el cual fue ordenado por las autoridades del pueblo arhuaco y las directivas de la IPS-I. Sin embargo, tanto los jueces de instancia como las autoridades de la Confederación Indígena del Tayrona manifestaron que la tutela no era procedente pues la actora contaba con otros mecanismos de defensa judicial. Según el juez de primera instancia, la trabajadora podía acudir al proceso ordinario laboral e impugnar la decisión de despido. Para el juez de segunda instancia esto es cierto, pero dado que la situación podía generar un perjuicio irremediable al mínimo vital de los hijos de la actora, la intervención del juez constitucional se tornaba procedente. Por último, para las autoridades indígenas, la accionante podía solicitarles a ellos mismos una nueva revisión del caso.

22. Frente a esta objeción inicial, la Sala encuentra que -contrario a lo sostenido por los jueces de instancia- el proceso ordinario laboral no constituye un mecanismo idóneo y eficaz para examinar el despido de la señora Ibeth Izquierdo Pabón. Es cierto que desde una perspectiva formal la terminación de un contrato laboral como el suscrito entre la accionante y una IPS puede ser controvertido en la jurisdicción laboral. Sin embargo, el procedimiento ordinario laboral y las normas que regulan la terminación de los contratos de trabajo no prevén mecanismos específicos para dar respuesta a la situación planteada por esta persona que hace parte de una comunidad indígena. En estricto sentido, el proceso laboral no está diseñado para estudiar la posible vulneración del derecho al debido proceso involucrado en una decisión adoptada por las autoridades espirituales y gubernamentales de un pueblo indígena. Además, este conflicto en particular involucra un análisis de los límites y los alcances de las decisiones adoptadas en virtud del fuero indígena, y este es un asunto que escapa a los estrictos límites establecidos para el proceso laboral.

Desde esta perspectiva, el proceso laboral debe descartarse como mecanismo idóneo para examinar los asuntos relativos a las posibles vulneraciones de los derechos fundamentales involucrados en la decisión adoptada en conjunto por las autoridades y las directivas indígenas de la IPS accionada, aun cuando éste involucre la decisión sobre un despido. En efecto, este trámite no es idóneo para determinar si persiste algún conflicto en las relaciones de trabajo cuya resolución corresponda a la jurisdicción indígena, y tampoco para estudiar si la decisión adoptada por las autoridades indígenas frente a un despido desconoció algún derecho fundamental que se haya establecido como límite a la autonomía

jurisdiccional indígena.

23. No obstante lo anterior, la Confederación Indígena Tayrona sostiene que son las autoridades tradicionales, y no los jueces nacionales mediante una acción de tutela, los competentes para resolver este caso puesto que las faltas cometidas por la accionante desconocieron un mandato disciplinario de la comunidad, y una cláusula del contrato de trabajo la obliga a cumplir con los procesos tradicionales de orden espiritual. Además, sostienen que ellos pueden volver a revisar la decisión que inicialmente tomaron sobre el asunto. En efecto, en sede de revisión la Confederación Indígena Tayrona informó a la Corte Constitucional que la Directiva Central podría estudiar las inconformidades de la señora Ibeth Izquierdo Pabón. Pero este hecho por sí solo no hace improcedente el estudio de la acción de tutela.

Para que la acción de tutela sea procedente se requiere el agotamiento de todos los mecanismos de defensa judicial a los que razonablemente pudiera acceder la persona que invoca la protección de sus derechos fundamentales. En este caso, se deriva de las pruebas que la accionante no acudió a ese procedimiento de revisión de la decisión ante las autoridades superiores de la Confederación Indígena Tayrona. Sin embargo este no es, a juicio de la Corte, un procedimiento cuyo agotamiento sea exigible de forma razonable a la actora en el caso concreto, puesto que solo fue posible adquirir certeza acerca de la posibilidad de revisión en la misma comunidad cuando la Confederación informó sobre este asunto a la Corte Constitucional. En el reglamento de trabajo, en las comunicaciones entre la actora y los mamos, en la respuesta de la comunidad a la acción de tutela y en las opiniones expertas recaudadas por la Corte no aparece la revisión de los superiores como un mecanismo al que se pueda acudir en caso de inconformidad con la decisión de los mamos frente a un despido. Tampoco es posible establecer cómo opera o cómo ha funcionado en casos precedentes.

De este modo, si bien la revisión ante las autoridades indígenas superiores de una decisión en la cual se despide una funcionaria de una entidad cuyos empleadores son indígenas puede considerarse como un mecanismo idóneo que debe agotarse antes de instaurar la acción de tutela, en este caso no podría considerarse un mecanismo exigible a la actora, pues no existía certeza en relación con los aspectos básicos de este mecanismo de revisión.

En este punto, es preciso resaltar que al revisar en el trámite de la acción de tutela la conformidad de la decisión de la jurisdicción indígena con los límites propios del consenso intercultural (ver supra 12) no desconoce la autonomía de la comunidad ni la restringe excesivamente puesto que, en todo caso, al realizar un examen de fondo, la Corte no puede dejar de tomar en consideración el principio de maximización de la autonomía y, siguiendo su propia jurisprudencia, debe favorecer el diálogo interno de la comunidad para que este conflicto sea resuelto en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres.

Teniendo esto en cuenta la Sala procederá a estudiar la tutela instaurada por Ibeth Izquierdo Pabón.

Examen del procedimiento adelantado y la decisión tomada en el marco del derecho del pueblo Arhuaco.

24. Tal como se relató en los antecedentes, la accionante que se identifica como miembro del pueblo Arhuaco fue despedida del cargo de coordinadora administrativa y financiera que ocupaba en la IPS Wintukwa, mediante la Resolución 002 de diciembre 26 de 2011. La resolución fue adoptada por las directivas de la IPS, con el fin de ejecutar la decisión tomada por las autoridades del Pueblo Arhuaco de la Sierra, representadas por dos mamos, el comisario y un representante del cabildo del Centro Simunurwa. Esta forma de adoptar la decisión está contemplada en el Reglamento Interno de Trabajo que rige las relaciones laborales al interior de la IPS-I, al decir que es deber de los trabajadores cumplir con las cláusulas de su contrato y del reglamento, pero también con las obligaciones impuestas por las autoridades indígenas[47].

Como lo narró la accionante y las autoridades intervinientes, el proceso disciplinario contra Ibeth Izquierdo Pabón comenzó luego de que la trabajadora no retornara a su trabajo el día acordado con sus empleadores sino varios días después. Sin embargo, durante el transcurso de este trámite se le ordenó a la accionante acudir ante los mamos con el fin de cumplir varias actividades de saneamiento espiritual que terminaron implícitamente vinculadas al procedimiento disciplinario llevado a cabo por la accionada. Pero a pesar de que estas órdenes fueron dadas mientras la accionante debatía las razones para haberse ausentado de su labor como coordinadora, los trabajos de saneamiento no fueron ordenados expresamente para solucionar esta situación. Uno de ellos fue requerido porque a su

regreso las relaciones de la accionante con sus compañeros de trabajo eran conflictivas, y el otro trabajo fue exigido por una situación de orden aparentemente sentimental relacionada con otros dos miembros de la comunidad indígena: Edinson y Alcira Izquierdo.

Según pudo establecerse, la accionante acudió a los centros previstos para el saneamiento espiritual en varias ocasiones y tuvo la oportunidad de reunirse con las autoridades de su comunidad. Sin embargo, el saneamiento no pudo llevarse a cabo porque no acudieron “las personas implicadas”, es decir, Edinson y Alcira Izquierdo. De acuerdo con la accionante, en la primera oportunidad en la que intentó cumplir con el requerimiento de las autoridades indígenas, esto ocurrió porque no tenía conocimiento de que tuviera que ir con las otras personas involucradas. Y después no pudo cumplir porque aunque la actora sostiene que les pidió que la acompañaran al saneamiento, por lo menos Edinson Izquierdo se negó a hacerlo.

Así las cosas, la actora no cumplió a cabalidad con lo ordenado por las autoridades indígenas de su comunidad. Como consecuencia, el 22 de noviembre de 2011 los mamós determinaron que esto era “una falta grave y que se requiere un saneamiento (...) pero como esto no fue cumplido”[48], decidieron facultar a la gerente de la IPS-I Wintukwa para dar por finalizado el contrato de trabajo con la accionante.

25. En este escenario, la Sala estima necesario comenzar por resaltar que, en principio, el procedimiento, las faltas y las formas de saneamiento previstas por la IPS-I en el reglamento interno de trabajo están amparadas constitucionalmente por el derecho a la autonomía y a la autodeterminación de las comunidades indígenas; y más específicamente, por el derecho de las comunidades indígenas a acceder a servicios de salud que respondan a sus usos y costumbres, lo cual incluye la organización de tales servicios bajo su propia responsabilidad y control.

26. La decisión del pueblo Arhuaco de adoptar para la IPS de la comunidad una forma organizativa similar a la prevista en el derecho nacional para la regulación de las relaciones laborales, que incluye la firma de contratos laborales y la vigencia de un reglamento interno de trabajo, es una expresión de la autonomía de las comunidades indígenas. Por eso, de ningún modo podría conducir a la conclusión de que las relaciones de trabajo dentro de la comunidad deben tratarse de una manera idéntica a las relaciones reguladas mediante el

Código Sustantivo del Trabajo y la legislación procesal que lo acompaña.

Esta asimilación podría ocurrir si así lo decide la comunidad, pero al parecer de la Sala esto no ocurre en el presente caso. El pueblo arhuaco ha decidido incluir autónomamente algunos aspectos de la legislación laboral ordinaria, pero también ha introducido sus propios usos, costumbres y creencias espirituales en el cuerpo normativo, incorporando faltas de tipo espiritual y procedimientos que incluyen la presencia de las directivas de la entidad y de las autoridades espirituales de la comunidad, los cuales escapan a la legislación de la comunidad mayoritaria sobre la materia.

Por esta razón, en aplicación del principio de maximización de la autonomía, a la Sala únicamente le corresponde examinar si el procedimiento o la decisión objeto del debate desconocen los límites planteados por esta Corte en lo que tiene que ver con las decisiones sancionatorias adoptadas por las comunidades indígenas. En principio, no podría entrar la Corte a estudiar tales como la inclusión de los saneamientos espirituales dentro de un proceso disciplinario dentro de la IPS indígena.

La única incidencia del tipo de decisión de la comunidad de usar figuras cercanas a la legislación laboral ordinaria es que a la hora de resolver el conflicto debe tenerse en cuenta el principio interpretativo de mayor identidad cultural mayor autonomía, según el cual cuando el pueblo indígena incorpora formas y categorías propias de la cultura mayoritaria, el juez puede establecer un diálogo intercultural con mayor facilidad pues la necesidad de traducción puede ser menor (ver supra 9.3).

La Corte tampoco podría discutir en este caso la exigencia de saneamientos grupales como sanción frente a conductas que, conforme al procedimiento de la comunidad, se concluya que fueron cometidas por varias personas. Es cierto que en tutelas previas tales como la T-254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-811 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) se estableció que aun en las decisiones sancionatorias tomadas en la jurisdicción indígena debe respetarse la regla según la cual “la pena no puede trascender la persona del delincuente” y la proscripción de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, en el caso que ocupa ahora la atención de la Sala, no se debate si la exigencia del saneamiento como sanción fue extendida a otras personas pese a no haber sido juzgadas por determinadas conductas o pese a que no se hubiera establecido su responsabilidad subjetiva. El asunto en

este caso particular tiene que ver con la forma de cumplir una sanción cuya validez no se cuestiona, y es que la única forma permitida por la comunidad para que Ibeth Izquierdo cumpliera con sus obligaciones era acudir al saneamiento con otros de sus compañeros sancionados.

Tal como lo señaló la comunidad y otras entidades como el ICANH, esta forma o procedimiento colectivo para cumplir una sanción en el pueblo Arhuaco está integrado de forma plena y extendida en su regulación interna la noción colectiva de redención de la culpa, según la cual determinadas faltas que son vistas como una afectación del equilibrio de todo el pueblo solo pueden ser reparadas mediante una actuación también colectiva. Teniendo en cuenta que no se discute la responsabilidad de los sancionados sino únicamente la forma de cumplir la sanción, se trata de una decisión de la comunidad que, en principio, no es susceptible de cuestionamientos en la jurisdicción ordinaria, salvo que desconozca los límites constitucionales previstos en la jurisprudencia de la Corte, o se trate de una sanción imposible de cumplir. En este último caso, la sanción colectiva se tornaría en una pena inaceptable desde el punto de vista constitucional, por no constituir una pena o sanción proporcional a la conducta antijurídica[49].

27. Ahora bien. En cuanto tiene que ver con el procedimiento que culminó con la decisión de despedir a Ibeth Izquierdo, y el despido mismo, la accionante considera que desconocieron sus derechos fundamentales puesto que, sin aviso previo dentro del proceso sancionatorio, en la fecha programada para el saneamiento el mamó le comunicó que debían comparecer otras dos personas que, según la accionante, se negaron a asistir. Para esta Sala, esta actuación de las autoridades indígenas y las directivas de la IPS-I resulta problemática desde el punto de vista de la exigencia de la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades de la comunidad.

Tal como se explicó en las consideraciones, la previsibilidad constituye una exigencia del principio de legalidad, que a su turno pertenece a uno de los mínimos propios del consenso intercultural que deben respetar las autoridades de la jurisdicción indígena (ver supra 12). De acuerdo con el principio de previsibilidad de las decisiones de las autoridades indígenas, deben existir instituciones que permitan conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones; así como formas preexistentes en que se apliquen esas soluciones o se castigan esas conductas. Esto busca garantizar que las

personas que sean procesadas o sancionadas por las autoridades indígenas puedan prever tanto las reglas como el tipo de sanciones que se les aplicarán conforme a las conductas que se les reprochan.

El proceso seguido contra Ibeth Izquierdo Pabón contrarió por dos razones esta noción de previsibilidad. Primero, porque el proceso iniciado contra ella tenía que ver exclusivamente con la falta injustificada al trabajo como coordinadora y, sin embargo, el resultado fue la terminación del contrato por el incumplimiento de la obligación de saneamiento espiritual de asuntos que no estaban relacionados con dicha ausencia laboral. Aunque nada obsta para que en ejercicio de la autonomía se exigiera este tipo de trabajos espirituales, lo cierto es que en el pliego de cargos solo se mencionaban los 13 días hábiles que la accionante no asistió a trabajar; y, como consecuencia, en las oportunidades que las autoridades dieron para la defensa de la accionante esta se refirió exclusivamente a la falta como coordinadora administrativa dentro de la IPS-I. Nada se decía sobre las razones por las cuales los mamos exigieron el saneamiento espiritual y tampoco sobre las consecuencias laborales de no hacerlo. Por tanto, la accionante tampoco se defendió de estas y la decisión final la tomó por sorpresa.

La ausencia de coherencia entre el proceso adelantado por las autoridades accionadas y su resultado, se hacen evidentes en la medida en que la Resolución por medio de la cual dio por terminado el contrato de trabajo de la accionante no se pronunció sobre la justificación de la inasistencia al trabajo, sino que se limitó a resaltar que “además de la ausencia injustificada se hacía necesario verificar la idoneidad” de la actora, pero que esto no había sido posible pues “la señora IZQUIERDO comunicó que se encontraba imposibilitada para cumplir dicho saneamiento”[50]. Pese a los apartes transcritos, la accionante no tuvo conocimiento durante el proceso de que la decisión sobre su despido de la IPS-I dependía de estos trabajos espirituales ordenados por otras razones; no supo que se trataban de medios para evaluar su idoneidad para el punto, y tampoco contó con la oportunidad de “presentar descargos” frente a la imposibilidad de cumplir las decisiones relativas a las órdenes de saneamiento espiritual, como sí lo hizo frente a la ausencia del trabajo.

Segundo, porque aunque la accionante fue citada a los centros en los que realizarían el saneamiento espiritual con antelación a la fecha de esta práctica de la comunidad, la primera vez que la accionante tuvo conocimiento del requisito de llevar al saneamiento a

las demás personas requeridas por los mamos tuvo lugar cuando ya había llegado a la cita programada para el trabajo espiritual. Esto quiere decir que la accionante empezó a configurar el incumplimiento al requisito de saneamiento espiritual por un asunto ajeno a su voluntad, puesto que no conocía el requisito que debía cumplir.

28. En este orden de ideas, el procedimiento efectuado por las autoridades indígenas y las directivas de la IPS-S indígenas afectó la exigencia de previsibilidad de sus actuaciones, concretamente en cuanto tiene que ver con que antes de solucionar determinado conflicto se hayan constituido formas de gestión y de castigo de las conductas involucradas en el conflicto, de modo que el miembro de la comunidad tenga conocimiento del proceso y de las sanciones a las que puede ser sometido. La decisión de terminar el contrato por una conducta completamente distinta a la analizada en el proceso que se inició a la accionante, y exigir condiciones para el cumplimiento del saneamiento espiritual cuando ya había sido citada para llevarlo a cabo, desconocen el mínimo de previsibilidad que exigen las decisiones adoptadas por los indígenas en virtud de la autonomía jurisdiccional.

El remedio a adoptar.

29. En este estado de cosas, debe la Sala establecer cuál es el remedio judicial más adecuado para garantizar el derecho de Ibeth Izquierdo Pabón a que las decisiones de su comunidad sean previsibles, al tiempo que se respeta la autonomía jurisdiccional del Resguardo Arhuaco de la Sierra y la autonomía en el manejo y administración de su propio sistema de salud, concretado en este caso en la IPS-I Wintukwa.

30. La Sala estima que las autoridades propias de la comunidad arhuaca son quienes deben tomar una decisión definitiva en torno al procedimiento adelantado contra Ibeth Izquierdo Pabón. En efecto, estas autoridades manifestaron que la Directiva Central del Pueblo Arhuaco podía examinar de nuevo la decisión adoptada reuniendo al Comisario Central de Nabusímake y al Fiscal General del Pueblo Arhuaco, y señalaron cómo sería el procedimiento de revisión de este tipo de decisiones.

Esta institución ratifica el elemento institucional del fuero indígena, pues existen autoridades, usos y procedimientos que garantizan el poder de coerción por parte de las autoridades Arhuacas. Además, su pronunciamiento definitivo debe considerarse en principio más apropiado, pues maximiza la autonomía jurisdiccional de la comunidad y la

autonomía en la organización de los servicios de salud. Esta decisión cumple con el principio hermeneútico según el cual lo más indicado por parte del juez constitucional es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres.

31. No obstante, para remediar la vulneración de la previsibilidad en el procedimiento que se llevó a cabo contra la accionante, la Sala considera que es necesario que las autoridades indígenas realicen de nuevo el proceso adelantado contra Ibeth Izquierdo Pabón, garantizando, en primer lugar, que se tome una decisión final en lo relacionado con la ausencia injustificada del trabajo, dando valor a los descargos efectuados por la actora y las consideraciones de la IPS-I Wintukwa, excluyendo cualquier consideración en torno al cumplimiento de los saneamientos espirituales.

En segundo lugar, que, en caso de considerarlo necesario, se inicie un procedimiento independiente para que se debatan los conflictos que dieron lugar a los trabajos de saneamiento espiritual o cualquier otro tipo de reparaciones propias de la comunidad, especificando a la accionante (i) cuáles son las conductas por las cuales se va a iniciar este procedimiento o trabajo espiritual; (ii) quiénes deben acudir a las sesiones programadas; (iii) las consecuencias que puede tener el cumplimiento o incumplimiento de los trabajos exigidos en su desempeño como miembro de la comunidad arhuaca de la Sierra (esto es, si cambiará su rol dentro de la comunidad, si esto puede afectar su trabajo, etc.)

32. Para finalizar, la Sala considera que la decisión de exigir a Ibeth Izquierdo Pabón que el saneamiento espiritual se haga junto con otros miembros de la comunidad hace parte de la autonomía jurisdiccional y específicamente del ámbito protegido de los usos, costumbres y regulaciones propias. Sin embargo, la Sala invita a las autoridades de la Directiva Central del Pueblo Arhuaco para que examinen la posibilidad de que sean ellas quienes, haciendo uso de su autoridad, exijan la comparecencia de las personas que se resistan al cumplimiento del saneamiento espiritual, de modo que esta carga no resida únicamente en la accionante. En concepto de esta Sala, dejar únicamente a la accionante la obligación de conducir al trabajo espiritual a otros miembros de la comunidad, puede hacer que en determinado momento la orden dada por los jefes sea imposible de cumplir.

33. Teniendo en cuenta todo lo expuesto, la Sala Novena de Revisión confirmará

parcialmente la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar. En lo demás, concederá el amparo de los derechos fundamentales de Ibeth Izquierdo Pabón, vulnerados por la ausencia de previsibilidad en el procedimiento que dio lugar a la Resolución 002 de Diciembre 26 de 2011 adoptada por la gerente de Wintukwa IPS-I, pero solo por las razones expuestas en esta providencia.

En consecuencia, remitirá a la Directiva Central del Pueblo Arhuaco el proceso adelantado por la IPS-I Wintukwa contra Ibeth Izquierdo Pabón, en calidad de Coordinadora Administrativa y Financiera de la entidad, así como la decisión adoptada mediante la Resolución Número 002 de diciembre 26 de 2011, para que esta autoridad lo revise y tome una nueva decisión, garantizando el principio de previsibilidad en los términos expuestos en esta sentencia.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso por la Sala Novena de Revisión.

Segundo. CONFIRMAR parcialmente la decisión adoptada por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar el 22 de febrero de 2012, sólo en cuanto admitió el estudio de fondo de la providencia.

Tercero. CONCEDER el amparo solicitado por Ibeth Izquierdo Pabón, específicamente el derecho a contar con decisiones previsibles, dentro del procedimiento que dio lugar a la Resolución 002 de Diciembre 26 de 2011 adoptada por la gerente de Wintukwa IPS-I.

Cuarto. En consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la Resolución 002 de Diciembre 26 de 2011 adoptada por la gerente de Wintukwa IPS-I contra Ibeth Izquierdo Pabón; y ORDENAR a la gerente de Wintukwa IPS-I que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, envíe el proceso a la Directiva Central del Pueblo

Arhuaco.

Cuarto. SOLICITAR a la Directiva Central del Pueblo Arhuaco que, en el término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, revise el proceso adelantado por la IPS-I Wintukwa contra Ibeth Izquierdo Pabón, en calidad de Coordinadora Administrativa y Financiera de la entidad, y tome una nueva decisión en relación con este proceso. La Directiva Central deberá garantizar el principio de previsibilidad mediante las siguientes acciones:

1) Tomar una decisión final en lo relacionado con la ausencia injustificada del trabajo, (i) dando valor a los descargos efectuados por la actora y las consideraciones de la IPS-I Wintukwa, y (ii) excluyendo cualquier consideración en torno al cumplimiento de saneamientos espirituales de asuntos diversos a los que dieron lugar a la iniciación del proceso por la ausencia injustificada del trabajo.

2) En relación con los trabajos de saneamiento espiritual exigidos a Ibeth Izquierdo Pabón, manifestar a la accionante (i) quiénes deben acudir a las sesiones programadas, y (ii) las consecuencias que puede tener el cumplimiento o incumplimiento de los trabajos exigidos en su desempeño como miembro de la comunidad arhuaca de la Sierra (esto es, si cambiará su rol dentro de la comunidad, si esto puede afectar su trabajo, etc.).

Quinto. INVITAR al Resguardo Arhuaco de la Sierra y a la Directiva Central Arhuaca para que examinen la posibilidad de que sean ellas quienes, haciendo uso de su autoridad, exijan la comparecencia de las personas que se resistan al cumplimiento del saneamiento espiritual junto con Ibeth Izquierdo Pabón, de modo que esta carga no resida únicamente en la accionante y el saneamiento pueda llevarse a cabo efectivamente.

Sexto. Por Secretaría, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

[1] Fl. 22 Respuesta de la Gerencia Wintukwa IPS-S a la Corte Constitucional. Cuaderno de pruebas.

[2] Resolución No. 001 de agosto 16 de 2001. Fl. 28 Cuaderno principal.

[3] Fls. 24 y ss. Cuaderno principal.

[4] Fls. 28 y ss. Cuaderno principal.

[5] Fl. 21 Cuaderno principal.

[6] Comunicación enviada por Ibeth Izquierdo Pabón a Benerexa Márquez Malo el 1 de noviembre de 2011. Fl. 18 Cuaderno principal.

[7] Fl. 119 Cuaderno principal.

[8] *Ibídem.*

[9] Fls. 111 y ss. Cuaderno principal.

[10] En este primer aparte se sigue principalmente lo expuesto en la sentencia T-514/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[11] Art. 1 C.N

[12] Art. 7 C.N

[13] Art. 70 C.N

[14] En la sentencia T-881 de 2002, la Corte se ocupó, in extenso, del concepto de dignidad humana, desde una perspectiva constitucional, encontrando que se trata de un concepto jurídico polisémico; su contenido, por tanto es especialmente complejo así como su naturaleza jurídica. Acá se hace referencia a una de las dimensiones del concepto: la dignidad como autonomía.

[15] Aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

[16] “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (CP art. 1 y 7)... Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución. || La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”. En el fallo citado, la Corte Constitucional fundó la atribución de derechos a las comunidades indígenas en el derecho a la vida y la prohibición de desaparición forzada; y señaló que los principios de pluralismo, democracia participativa, diversidad e integridad cultural obligan a reconocer derechos que trascienden al plano individual. esta Corporación ha considerado que la existencia de mandatos constitucionales y normas de derecho internacional que ordenan la protección de las comunidades y culturas indígenas constituyen razones normativas suficientes para el reconocimiento de este tipo de derechos. En la sentencia T-704 de 2006 se hizo un recuento general sobre los derechos de los que son titulares las comunidades indígenas: “(i) el derecho a la integridad étnica y cultural (sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005);

(ii) el derecho a la supervivencia cultural y el derecho a la preservación del hábitat natural de los pueblos indígenas. Sobre este tema ver entre otras las sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.; (iv) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas[16] (sentencias T-188 de 1993, T-652 de 1998 y C-180 de 2005; (v) el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad indígena Al respecto se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005; (vi) el derecho de los pueblos indígenas a configurar sus propias instituciones jurídicas (sentencia T-1127 de 2001); el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004, entre otras); (vii) el derecho de las comunidades indígenas a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros (T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998); (viii) el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos (SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003) y de forma reciente, C-461 de 2008, C-030 de 2008 y C-175 de 2009) y el derecho a acudir a la justicia como comunidad (T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998”.

[17] Sobre la procedencia de la tutela de los miembros de la comunidad frente a las autoridades indígenas, cfr. por todas, las sentencias T-254 de 1994 y T-979 de 2006. Sobre la procedencia de la acción para la protección de los derechos de las comunidades se pueden consultar la T-380 de 1993 y la SU-383 de 2003.

[18] T-514/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

[19] *Ibídem.*

[20] Art. 246 C.N

[21] “El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción

indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional.” (C-139 de 1996). En las sentencias T-254 de 1994 y C-139 de 1996 la Corte puntualizó que, mientras el legislador expide la ley de coordinación interjurisdiccional, la jurisprudencia de Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional deben llenar ese vacío legal.

[22] Ver, entre otras, las sentencias T-002/12 M.P Juan Carlos Henao; T-346/11 M.P Pinilla; T-617/10 M.P Luis Ernesto Vargas; T-811/04 M.P Jaime Córdoba Triviño; T-552/03 M.P Rodrigo Escobar Gil; T-728/02 M.P Jaime Córdoba Triviño; T-1127/01 M.P Jaime Araujo Rentería; T-934/99 M.P Carlos Gaviria Díaz; T-496/96 M.P Carlos Gaviria Díaz; T-667A/98 M.P Antonio Barrera Carbonell.

[23] T-945/07 M.P Rodrigo Escobar Gil.

[24] T-236/12 M.P Humberto Sierra Porto.

[25] T-812/11 M.P Juan Carlos Henao.

[26] T-1070/05 M.P Rodrigo Escobar Gil.

[27] T-048/02 M.P Álvaro Tafur Galvis.

[28] ST-254/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

[29] Ver SU-510/98 M.P Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1253/08 M.P Manuel José Cepeda.

[30] Este principio fue planteado por primera vez en las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996, y ha sido reiterado en numerosas oportunidades como el criterio esencial para el estudio de casos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas. En la T-349 de 1996 expresó la Corporación: “... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de

autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. sentencia SU-510 de 1998, señaló la Corporación: “En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)”.

[31] “Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) [y] b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. T-254 de 1994, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

[32] *Ibídem.*

[33] Sentencias T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

[34] Así, por ejemplo, Esther Sánchez (Cfr. Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Revista IIDH, No. 41, enero a junio de 2005. Pgs. 225-251) señala que “... se reconoce que existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia. Ésta se sustenta sobre el valor que tiene que ordenar, en determinado sentido la sociedad, como elemento de un derecho propio. Quiere decir que concurren para administrar justicia, o autoridades individuales (un gobernador), o grupos con esta competencia (todas las autoridades del cabildo), o comunidades enteras que conocen el caso y definen sanciones (caso los paeces). También hay para administrar justicia como medio y símbolo, el uso de bastones de mando y oratoria amplia (wayuu), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (emberas), utilización de equipos modernos como computadores conectados a internet con el mundo para el conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (u’wa, paeces). Muchos, también

realizan y formalizan sus tareas por escrito, (guambianos y emberas) y hay pueblos que contratan abogados de fuera -no indígenas-, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, aduciendo en este caso que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias (awa, emberas). Se puede concluir que las autoridades indígenas de pueblos como los pastos, asumen el derecho positivo estatal como derecho propio y en contraste, los cubeo tienen un derecho propio que cuesta trabajo entenderlo ya que se fundamenta en el mito y el ritual.”

[35] A continuación se presenta una breve síntesis de los elementos explicados en detalle en la sentencia T-617 de 2010 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva).

[36] Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, SU-510 de 1998: “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”.

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

[38] Cfr. principalmente, la sentencia T-523 de 1997: “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. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo

desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.”

[39] Ello se debe a que, más allá de algunos limitados derechos de autogobierno y conocimiento de conflictos de menor entidad al interior de la comunidad establecidos por la Ley 89 de 1890, con anterioridad a la Constitución del 91 la mayor parte de los casos eran remitidos al sistema jurídico nacional

[40] La expresión costumbres, del artículo 246, no es entonces idéntica a la costumbre como fuente de derecho, que supone la repetición inveterada de una práctica social específica. Lo previsible puede derivarse de nuevas formas jurídicas adoptadas por la comunidad en virtud de su interacción con otras culturas y con el Sistema Jurídico Nacional.

[41] Sentencia T-523 de 1997 y T-349 de 1996. M.P Carlos Gaviria Díaz.

[43] SU-510 de 1998 y T-349 de 1996.

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

[45] Ver sentencia T-514/12 M.P Luis Ernesto Vargas Silva y T-1253/08 M.P Manuel José Cepeda.

[46] Ver sentencias C-088/01 M.P Martha Victoria Sáchica y C-864/08 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra.

[47] Artículo 34 Resolución Número 001 de 2 de septiembre de 2005. Estatutos Wintukwa IPS Indígena. Folio 66 Cuaderno de pruebas.

[48] Folio 119 Cuaderno 1.

[49] Sobre este principio ver, entre muchas otras, la sentencia C-290/08 M.P Jaime Córdoba Triviño y C-575/09 M.P Humberto Sierra Porto.

[50] Fl. 62 Cuaderno No. 1