

Sentencia T-113-09

Referencia: expediente T-1284161

Acción de tutela de Servio Francisco Coral Ortega contra el Ejército Nacional

Magistrada Ponente (e):

Dra. CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil nueve (2009)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Elena Reales Gutiérrez (e), Jaime Córdoba Triviño y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión del fallo adoptado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela promovida por Servio Francisco Coral Ortega contra el Ejército Nacional.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 16 de septiembre de 2005, Amparo Ortega Viuda de Coral, actuando en representación de su hijo, Servio Francisco Coral Ortega, presentó acción de tutela contra el Ejército Nacional, por considerar que esta institución le desconoció el derecho especial que él tiene como indígena, en el sentido de estar exento de tener que prestar el servicio militar. La madre fundó la tutela en los siguientes hechos.

1.1. Servio Francisco Coral Ortega fue reclutado por el Ejército Nacional para la prestación del servicio militar obligatorio, cuyo ingreso se dio en el mes de enero de 2005.

Fue asignado como soldado regular orgánico al grupo de caballería mecanizado N°3 José María Cabal de la ciudad de Ipiales. Servio Francisco es un joven bachiller indígena, perteneciente al Cabildo de Indígenas de Túquerres.¹

1.2. La madre afirmó que su hijo “fue trasladado de la Brigada 21 del Batallón Grupo Mecanizado Cabal acantonado en la ciudad de Ipiales, a donde inicialmente fue asignado a la vigilancia de las instalaciones del oleoducto transandino de Ecopetrol en la Sección Los Alizales, en donde actualmente y desde el mes de junio se encuentra prestando el servicio militar obligatorio, en una zona de orden público, lugar muy conocido por la gran influencia guerrillera.”

1.3. Sostuvo además que su esposo Servio Tulio Coral Chaucanes, falleció en el mes de julio de 2003; “desde entonces, mi único hijo varón, Servio Francisco, asumió de manera total la responsabilidad de jefe de hogar en donde tomó las riendas del mismo, solventando las necesidades del hogar que quedó al fallecimiento de su padre, y las mías propias como viuda.”

1.4. Finalmente, la madre del joven indígena señala que a pesar de las condiciones antes mencionadas, su hijo “sigue prestando el servicio militar obligatorio, y fue trasladado a una zona y servicio que le implica alto riesgo para su vida e integridad personal (...).”

1. Demanda y solicitud

2.1. La accionante, considera que el Ejército Nacional no puede obligar a su hijo a prestar el servicio militar obligatorio por dos razones; por ser hijo único y por ser indígena. Dijo al respecto,

“Se trata señor Juez, de mi único hijo varón, quien se encuentra a cargo de la suscrita madre viuda; somos campesinos, por lo tanto derivamos nuestro sustento y congrua subsistencia del trabajo agrícola que desarrollaba mi difunto esposo, cuya labor asumió integralmente a su fallecimiento mi único hijo varón Servio Francisco Coral, quien veló por la familia hasta cuando fuera reclutado por el Ejército Nacional. Temo por la vida

de mi único hijo, quien fue trasladado a un sitio que le representa alto riesgo para la vida y la integridad, dadas las condiciones de orden público, incrementadas en los últimos días, labor que debe realizar en condiciones difíciles y de mucho peligro, dado que la vigilancia del oleoducto en esta zona tan alejada le implica correr el riesgo de morir a manos de los grupos subversivos que operan en la región. No obstante ser un ciudadano Colombiano, por sus especiales condiciones de indígena y único hijo varón que vela por la familia, debe ser exonerado de la prestación del servicio militar obligatorio, tal como lo disponen los acuerdos del Ministerio de Defensa Nacional y demás disposiciones que rigen la materia.”

2.2. Con base en los anteriores argumentos, la madre del joven Servio Francisco Coral Ortega solicitó que se le tutelara a su hijo el derecho, “como indígena, a ser exento de la prestación del servicio militar”.

1. Respuesta del Ejército Nacional

Dos instancias del Ejército Nacional participaron dentro del presente proceso de acción de tutela. La dependencia en la cual se encuentra el hijo de la accionante actualmente (Grupo Mecanizado # 3, Cabal de Ipiales), y la dependencia encargada de su incorporación (Batallón de infantería # 9, Batalla de Boyacá).

3.1. El primer escrito indicó que de acuerdo a la normatividad vigente, Servio Francisco Coral Ortega sí tiene la obligación de prestar el servicio militar obligatorio, pues no es hijo único y no se encuentra debidamente probada su condición de indígena. Dijo al respecto,

“Respecto a la exención establecida por la Ley 48 de 1993 (artículo 27), para la prestación del Servicio Militar obligatorio para los indígenas, debe resaltarse que ella es aplicable respecto a los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica, requisito que debe demostrarse y que se echa de menos en este caso ya que el simple certificado del Gobernador indígena sobre la calidad del indígena del Soldado Francisco Coral Ortega no es prueba idónea. De acuerdo a lo expuesto, la calidad de hijo único como lo expone en su solicitud no hace referencia en este

caso, puesto, que [el] mencionado tiene tres hermanas y de acuerdo a la Ley 48 de marzo de 1993, hijo único es aquella persona que no tiene más hermanos.

Por lo anteriormente expuesto, solicito respetuosamente sea denegada la Acción de Tutela instaurada por la señora Amparo Ortega Vda de Coral, por lo tanto la acción del Ejército Nacional - Grupo Mecanizado # 3 José María Cabal, se ciñó a los parámetros legales en cuanto a la incorporación del Soldado Ortega Servio Francisco. No existe documento soporte de ingreso a la unidad para aplazarlo y resolver su situación miliar en adelante.”²

3.2. El segundo de los documentos remitidos por el Ejército Nacional,³ insistió en la posición ya presentada. Reiteró que el joven no había demostrado adecuadamente su condición de indígena y añadió dos argumentos adicionales. Por una parte, consideró que la madre no tenía derecho a actuar como agente oficioso de su hijo, puesto que no se demostró nunca la imposibilidad del muchacho para interponer él mismo la acción de tutela. Por otra parte, se argumentó que en el momento de la incorporación el joven nunca alegó las excepciones que ahora su madre pretende presentar y hacer valer a destiempo. Al respecto dijo el Ejército Nacional,

“La incorporación de los jóvenes para la prestación del servicio militar obligatorio en la modalidad de soldado regular, realizada por el Grupo de Caballería Mecanizado # 3 ‘José María Cabal de Ipiales’ en el mes de enero de 2005, se hizo de conformidad con los postulados legales ya que si bien la Ley 48 de 1993 consagra una exención para los indígenas, es susceptible de su renuncia por los beneficiarios y es así como aquellos, que de manera libre y espontánea, quisieron incorporarse a las filas del Ejército Nacional, para contribuir con el programa de soldados regulares, fueron seleccionados por el Grupo Cabal, previa manifestación libre y espontánea, rendida bajo la gravedad del juramento. Esa manifestación libre y voluntaria fue aceptada teniendo en cuenta que se trataba de ciudadanos colombianos con plena capacidad para discernir y tomar sus propias decisiones, sin que requieran del aval de otras personas. Es tan cierta esta afirmación, que en el proceso de incorporación fueron descartados los jóvenes indígenas que voluntariamente manifestaron su negativa a la prestación del servicio militar.

En el caso del soldado Servio Francisco Coral Ortega, las autoridades de reclutamiento procedieron a su incorporación, por cuanto libre y voluntariamente manifestó bajo la gravedad del juramento, no hallarse incurso en ninguna de las causales de exención del servicio militar obligatorio, especialmente, para el caso que nos ocupa, no ser hijo único ni ser indígena. Igualmente, manifestó tener conocimiento de las diversas modalidades de prestación del servicio militar obligatorio y eligió libremente, prestar servicio en calidad de soldado regular.”

Finalmente, con relación a su condición de hijo único, se reiteró que esta no era tal, por cuanto tiene tres hermanas. Al respecto, el Ejército Nacional señaló lo siguiente,

“En cuanto a la argumentada calidad de hijo único del soldado Coral Ortega, está desvirtuada con los datos consignados con su puño y letra, en la RM-3 en la cual aparece que el citado soldado tiene tres hermanas mayores, lo cual descarta la aplicación de la exención consagrada en el artículo 28, literal c de la Ley 48 de 1993, ‘El hijo único, hombre o mujer, de matrimonio o de unión permanente, de mujer viuda, divorciada, separada o madre soltera’.”

1. Sentencia de primera instancia

El 11 de octubre de 2005, el Tribunal Administrativo de Nariño resolvió tutelar los derechos a la vida, a la subsistencia, a la igualdad y a la no desaparición forzada del soldado Servio Francisco Coral Ortega frente al Ejército Nacional.⁴ En consecuencia, ordenó al Ejército que en un plazo no superior a 48 horas, procediera al desacuartelamiento del soldado. Luego de señalar que las condiciones actuales del joven en el Ejército Nacional facultan a su madre para agenciar sus derechos constitucionales, el Tribunal fundó su decisión de la siguiente manera:

“Para la Sala es claro que el soldado Servio Francisco Coral Ortega tiene la condición de indígena, tal como se desprende de la certificación o constancia expedida por el Cabildo Indígena del Resguardo de Túquerres (...). En dicho documento se señala que el citado soldado (...) es comunero de ese Resguardo y está inscrito en el censo en Parcialidad de Chaitán, jurisdicción del mencionado resguardo, perteneciente a la etnia de

los pastos.

Dentro de este supuesto, se advierte que el soldado Coral Ortega se encuentra cobijado por la causal de exoneración del servicio militar obligatorio prevista en el literal b del artículo 27 de la Ley 48 de 1993, según la cual se encuentran exentos de cumplir con dicha obligación y de pagar la cuota de compensación militar, los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica; norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-058 de 1994.

[...]

Ahora bien, dicha Ley exime en todo tiempo de la prestación del servicio militar a los indígenas, en la medida que se trata de proteger a las minorías, la diversidad étnica y cultural de la nación y de los colectivos -como el indígena- que se encuentran en debilidad manifiesta, razón por la cual debe preservarse su subsistencia y precaver de que sean sometidos a desapariciones forzadas, con el fin de mantener la existencia de las comunidades indígenas.

[...]

En este orden de ideas, encuentra la Sala que debe accederse al amparo solicitado por la agente oficiosa del soldado Coral Ortega, pues es claro que el mencionado soldado se encontraba exento del cumplimiento del deber constitucional de prestar el servicio militar obligatorio (...)"

1. Sentencia de segunda instancia

El 7 de diciembre de 2005, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado resolvió revocar la decisión de primera instancia, por considerar que el Ejército Nacional no había desconocido derecho fundamental alguno al soldado Servio Francisco Coral Ortega.⁵ El Consejo de Estado argumentó su decisión en los siguientes términos,

"(...) se tiene que por virtud de la constitución y de la ley, en principio, la prestación del

servicio militar es de carácter obligatorio y excepcionalmente se exime del mismo cuando se reúne alguno de los supuestos que consagran los artículos transcritos.

Según el dicho de la oposición y los hechos probados en el expediente, se tiene que si bien el joven Servio Francisco Coral Ortega, hijo de la solicitante es indígena, no hay prueba que demuestre su residencia en el territorio de su comunidad viviendo como tal o que conserve su integridad cultural, social y económica; además, tiene tres hermanas mayores, es decir, no es hijo único, y por lo tanto, no tiene derecho a la exención.

El joven Coral Ortega manifestó, libre y voluntariamente, bajo la gravedad del juramento, su intención inequívoca de ingresar a las filas como soldado regular, renunciando al derecho que le asistía mediante la exención aludida, pues señaló no hallarse incurso en ninguna de las causales que contempla la Ley 48 de 1993.”

1. Selección del caso para revisión y medida cautelar adoptada por la Sala respectiva

6.1. En auto de 24 de febrero de 2006, la Sala Segunda de Selección de la Corte Constitucional⁶ resolvió seleccionar el presente proceso de acción de tutela y repartirlo a la Sala Segunda de Revisión.

6.2. En Auto de mayo 22 de 2006, la Sala Segunda de Revisión resolvió ordenar como medida cautelar al Comandante del Grupo Mecanizado N°3 Cabal de Ipiales, Nariño, del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón de Infantería N° 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional que, mientras la Corte Constitucional adopta una decisión de fondo en el presente proceso, se abstenga de reincorporar al joven Servio Francisco Coral Ortega al servicio militar. En consecuencia, se indicó, el joven tendría que permanecer desvinculado del Ejército, situación en la cual quedó como consecuencia del cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia, mientras que la Corte Constitucional adopta una sentencia de fondo.

1. Pruebas ordenadas por la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional

La Sala Segunda de revisión de la Corte Constitucional solicitó información y pruebas referentes al caso. Al Ministerio de Defensa Nacional le solicitó que informara detalladamente cuál es la política del Gobierno Nacional en relación con el reclutamiento de indígenas para las Fuerzas Armadas y al Gobernador Indígena del Resguardo correspondiente a los Indígenas Pastos (Ipiales, Nariño) le solicitó que informara cuál es la postura de la comunidad indígena de los Pastos en relación con el reclutamiento de sus miembros para las Fuerzas Armadas. Además, solicitó a la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, al Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH y a los Directores de los Departamentos de Antropología de las Universidades de Los Andes, Javeriana y Nacional, que si lo consideraban pertinente, presentaran un concepto científico acerca del reclutamiento de indígenas por parte de las fuerzas armadas.

1. Gran Territorio de los Pastos, Cabildo Indígena de Ipiales

El 20 de junio de 2006, Wilson Gonzalo Morales, Gobernador del Cabildo Indígena de Ipiales, se pronunció acerca de “los hechos acaecidos en el Resguardo Indígena de Ipiales y los 21 Resguardos Indígenas del Pueblos de Los Pastos, referente a las actuaciones de reclutamiento de indígenas para el servicio militar obligatorio”. Al respecto señaló lo siguiente,

“1. Desde hace más de 5 años, las Comunidades Indígenas del sur de Colombia, particularmente las comunidades indígenas del Pueblo Pasto, hemos venido padeciendo una serie de dificultades frente al reclamo de un derecho constitucional y legal que como indígenas nos ampara, entre ellos la ‘exoneración del servicio militar obligatorio’, derecho contemplado en el literal b del artículo 27, Título III de la Ley 48 de 1993; en todo este tiempo, los miembros del Ejército Nacional acantonados en nuestro Territorio, despliegan acciones de reclutamiento indiscriminado en el casco urbano del municipio de Ipiales y los municipios vecinos en donde existen Resguardos Indígenas, donde el objetivo primordial es reclutar jóvenes indígenas para las filas del Ejército.

2. En el momento de ser conducidos a las instalaciones del Batallón, a los jóvenes indígenas se les desconoce rotundamente su condición especial de indígenas, a pesar de que los jóvenes presenten certificaciones auténticas de su condición, en la mayoría de los

casos éstas son destruidas y lo que es peor, los miembros del Ejército amenazan a nuestros jóvenes, condicionándolos a que deben firmar actas de no pertenencia a las comunidades indígenas, so pena de recibir maltratos durante el servicio, como se ha podido evidenciar con muchos jóvenes que se encuentran dentro de las filas en este preciso momento y que pese a las reiteradas solicitudes de desencuartelamiento, éstas no son contestadas o si se contestan son totalmente evasivas o no muy claras.

3. En las acciones de reclutamiento fueron incorporados jóvenes indígenas de los resguardos de Ipiales, San Juan, Yaramal, Potosí, Males, Mira Flores, Aldana, Cuaspud, Chiles, Panan, Cumbal, Guachucal, Muellamues, Mayasquer, Colimba, Túquerres, Yascual, Mallama, Guachavés, y Aldea de María, desconociendo posiciones rotundas en contra del reclutamiento de jóvenes hechas por el Consejo de Gobernadores del Pueblo Pasto, se han discutido estos temas con los mandos militares de la zona, de la Brigada y se han hecho solicitudes respetuosas al Comando General de Reclutamiento y movilización del Ejército, sin que se fije una posición respetuosa y clara frente a dichas incorporaciones irregulares.

4. La Comunidad Indígena del Pueblo Pasto, no puede en ningún momento desconocer que este derecho adquirido en la Constitución Política de Colombia en 1991 y ratificado en la Ley 48 de 1993, obedece a razones eminentemente propias e inherentes a nuestro derecho mayor, por ser naturales de estas tierras, por haber nacido en ellas, porque nuestros antepasados siempre han permanecido aquí, porque cuando llegaron los blancos nuestros, nuestros abuelos ya habían estado aquí por miles de años. Tenemos unos derechos anteriores a la existencia de los actuales países de América, que no están plasmados en un libro, sino que conforman una constitución, oral, transmitida de generación en generación, de padres a hijos y con base en esa constitución que heredamos, en la Ley de Origen o Ley Natural, que hemos podido caer en cuenta del Derecho que nos asiste, el cual nosotros denominamos derecho mayor, y lo llamamos así porque es un derecho antiquicio, un derecho vernáculo, un derecho nacido de la tierra y de la comunidad.

Este derecho sagrado, ancestral, del mundo indígena, con más de 30.000 años de existencia, lo han desconocido los juristas, los gobernantes y este puñado de personas que se han creído dueños de todo el continente, de toda Colombia. Por eso los pueblos

indígenas hemos tenido que protagonizar nosotros mismos, haciendo respetar la Dignidad del hombre indio que sido tantas veces violada, causando el derramamiento de tantas lágrimas entre nuestros antepasados y los hoy presentes.

Aún hoy, en lo que nos toca vivir, recordamos como muchos de nuestros hermanos indígenas de los mejores dirigentes que han tenido las comunidades, están en la tumba, pudiendo estar aquí, a nuestro lado; hoy están en la tumba por defender este derecho y es con esta ley ancestral, con este derecho antiquicio, con el que hemos luchado desde hace más de 500 años por defender lo que nos pertenece: nuestro Territorio, nuestra autonomía, nuestro pensamiento, nuestra identidad, nuestra propia investidura y es por eso que en la Constitución Política de 1991 peleamos y logramos un reconocimiento, aunque sea teórico, de parte de este derecho ancestral, del Derecho Mayor, que hoy lo defendemos y lo defenderemos hasta el final; con ello, por la defensa de nuestra identidad cultural, se ha concluido que nuestras comunidades deben estar al margen de la confrontación armada, que nuestro jóvenes no sea involucrados en un mundo diferente al nuestro y que conduce a una culturización de guerra y confrontación a sabiendas de que somos un pueblo de Paz y con nuestra propia manera de conducir la organización y la autorregulación en nuestros pueblos, sin necesidad de recurrir a la confrontación a la que se nos quiere incluir. Los Cabildos Indígenas del Pueblo Pasto no aceptamos la incorporación de nuestros jóvenes al servicio militar.

5. Rechazamos la actitud asumida por parte de los representantes del Ejército en definir la situación militar, dejando mucho que decir, ante todo, si se tiene en cuenta que como comunidades indígenas estamos amparados por Leyes vigentes como la Ley 48 de 1993 y la Ley 21 de 1991, por ello aportamos pruebas adicionales cuando mediante declaraciones los jóvenes indígenas que se encuentran en este momento en filas, declaran haber sido obligados y maltratados para renunciar a sus derechos y lo que es peor, existen jóvenes que teniendo una obligación de padres en su comunidad son presionados a prestar el servicio militar y de la misma manera ponemos en conocimiento que todas las solicitudes de cumplimiento legal (Ley 48 de 1993) emitidas por parte del Consejo de Gobernadores del Pueblo de Pasto, de los Gobernadores Individualmente por cada Resguardo, solicitudes hechas ante los Distritos militares y comandos de reclutamiento, quienes a manera de burla se hace (sic) un Carrusel de disculpas que hace que una oficina a otra se tiren la pelota, sin que se dé solución de fondo al tema de

reclutamiento de jóvenes indígenas.

PETICIÓN ESPECIAL

Se defina una doctrina general para que se dé fiel cumplimiento al mandato legal, literal b del artículo 27, Título III de la Ley 48 de 1993 y se les defina la situación militar a los jóvenes indígenas del Pueblo Pasto, buscando que se fijen procedimientos claros para la definición de la situación militar de nuestros jóvenes por parte del Ejército y de la misma manera se ordene el inmediato desencuartelamiento de los jóvenes indígenas que se encuentran en este momento en filas; de igual manera se requiera a los mandos militares acantonados en Ipiales para que en lo sucesivo se tenga en cuenta la existencia de un Pueblo indígena que se compone de 21 cabildos indígenas en estas inmediaciones y se estudien estrategias precisas para evitar errores de este tipo que causan malestar a las familias de los jóvenes y a la comunidad en general ante el incumplimiento de la Ley.”

El Gobernador del Cabildo Indígena adjuntó documentos relacionados con otros casos: una carta dirigida al Comandante General del Ejército Nacional⁷ y dos declaraciones juramentadas.⁸

1. Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC

7.2.1. La ONIC presenta la diversidad cultural indígena colombiana en los siguientes términos,

“En Colombia se reconoce oficialmente una población de cerca de un millón de indígenas pertenecientes a 89 pueblos, que representan cerca del 2% de la población total nacional. Nos encontramos asentados en territorios situados en 27 de los 32 departamentos y en cerca de 200 de los aproximadamente 1000 municipios del país. Ocupamos el 70% de las fronteras terrestres nacionales y en nuestros territorios se conserva más del 50% de la diversidad biológica y de los recursos naturales no renovables.

Somos la población predominante en algunas regiones (...).

La diversidad cultural que representamos se expresa también en la existencia de 64 idiomas y en una variada gama de características socioculturales (...).”

La ONIC enfatiza la diversidad y las diferencias que existen entre los distintos pueblos indígenas, por lo que no es posible establecer unas características esenciales de lo que es 'ser indígena' comunes a todas las comunidades. El desarrollo específico de cada uno de estos pueblos, y la forma como han planteado su relación con las demás comunidades, en especial, con la cultura dominante, es un proceso propio de cada comunidad. Al respecto sostiene la ONIC,

“(...) en Colombia se encuentran diversas situaciones culturales, que van desde sectores fuertemente tradicionales, inclusive monolingües, y con una mínima relación con la cultura occidental (Nukak Mukú), hasta pueblos que no conservan sus idiomas maternos y se encuentran en un proceso de recomposición cultural y de recuperación cultural.

Al interior de cada pueblo se presentan igualmente diferencias, expresadas en tensiones entre sectores más y menos tradicionales, que manifiestan posiciones frente al manejo de la autoridad, la vigencia de la tradición, la adopción de modelos culturales foráneos y las propuestas de desarrollo. Igualmente, presentan una gran diversidad en cuanto a los grados de conservación de la cultura, el número de población, su articulación a la economía regional y nacional, escolaridad, desarrollo institucional y capacidad de interlocución. Un porcentaje significativo de los pueblos indígenas, especialmente de la Amazonía y Orinoquía presentan altos grados de vulnerabilidad por contar con una población muy disminuida.”

7.2.2. Con relación al marco constitucional vigente, la ONIC resalta la existencia de tres órdenes jurídicos distintos, que permiten la multiculturalidad en el Estado Social de Derecho actual, a saber: la legislación general de la República, la legislación especial indígena nacional, y los sistemas jurídicos propios. La ONIC los expone en los siguientes términos,

“La Constitución Política establece que Colombia es un Estado Social de Derecho, caracterizado por ser étnica y culturalmente diverso, faculta a las autoridades de los pueblos indígenas [a] ejercer funciones públicas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales en sus territorios, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, usos y costumbres, reconociendo el derecho a la diferencia que

tenemos los pueblos indígenas.

La Constitución Colombiana de 1991 reconoce en beneficio de los pueblos indígenas la vigencia de un 'pluralismo jurídico y normativo', es decir la vigencia en Colombia de tres órdenes normativos o sistemas de derecho vigentes en el país, que tienen como característica el ser diferentes y complementarios, como son:

La legislación general de la República, aplicable a todos los colombianos y en tal virtud a los pueblos indígenas, quienes en su calidad de ciudadanos gozan de todos los derechos y están sujetos a similares obligaciones de los demás nacionales.

En muchas materias los indígenas cotidianamente hacen ejercicio de tales derechos y cumplen con sus obligaciones; tal es el caso del acceso a la educación superior, el régimen laboral de los trabajadores indígenas fuera de sus territorios, al ejercicio de funciones y cargos públicos por parte de indígenas en las ramas del poder público, entre otras. En forma similar, los pueblos indígenas, en su carácter de sujetos colectivos de derechos, gozan de derechos y garantías establecidas en la Constitución y en las leyes de la República. Hasta aquí hablamos de derechos nacionales, con un relativo grado de adecuación cultural.

La Legislación Especial Indígena Nacional, compuesta por los convenios y tratados internacionales ratificados por Colombia sobre derechos de los grupos étnicos y de los pueblos indígenas; por normas constitucionales y legales (nacionales, regionales y municipales) que establecen un conjunto de derechos y garantías especiales en beneficio de los pueblos indígenas que apelan a la realidad de su diferencia cultural y su autonomía.

El reconocimiento de estos derechos y garantías en la época contemporánea, se da en desarrollo de una discriminación positiva, promovida en aplicación de los derechos constitucionales fundamentales a la diversidad étnica y cultural, y a la igualdad (artículos 7 y 13, CP), con la finalidad de hacer realidad este principio dentro de la diversidad. Históricamente, las normas especiales han sido producto de las luchas de resistencia indígena.

Sobre este particular, la legislación indígena nacional está integrada por todas las normas que establecen derechos especiales en beneficio de los pueblos indígenas e integra

regulaciones legales en materia de identidad, derechos territoriales y de medio ambiente, autonomía, participación y consulta previa, aceptación de la pluralidad de modelos de desarrollo y el derecho al desarrollo propio y la escogencia de una articulación al modelo nacional en lo económico y lo social, adecuación institucional, educación, salud, administración pública, administración de justicia, régimen fiscal y régimen electoral, entre otras materias.

Los sistemas jurídicos propios, que en virtud de lo establecido en los artículos 7 y 246 de la Constitución Política constituyen sistemas de derecho reconocidos constitucionalmente y, en esa medida, válidamente aplicables, los cuales están integrados por las normas, instituciones, usos y costumbres y procedimientos, métodos de control y regulación social propios de la tradición cultural de los pueblos indígenas, implícitos en su historia cultural, concepción espiritual, mitología y cosmovisión particulares, en sus sistemas de parentesco, formas de propiedad, uso, aprovechamiento y conservación de sus territorios y recursos naturales. Se caracterizan por concepciones particulares de derecho, justicia, autoridad y poder, participación y representación, mediadas por instituciones culturales propias y determinadas por los principios de armonía social, espiritual con la naturaleza y en equilibrio de fuerzas.

Los conceptos indígenas sobre derecho están basados en una profunda ética de relación gente-naturaleza y en su conocimiento de las fuerzas espirituales o sagradas y en relación con autoridades-equilibrio y armonía. Su principal fuente es la historia cultural propia, contenidas en las palabras de su antiguo o de raíz que conservan en la memoria de los sabios culturales.”

Para la ONIC, “una de las reglas más importantes que la Corte Constitucional ha establecido a favor de los pueblos indígenas, en relación con el derecho a la autonomía es: ‘Solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural: 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’.”¹⁰

1. Ministerio de Defensa Nacional

7.3.1. El Teniente Coronel Juan Carlos Gómez Ramírez, Coordinador del Grupo de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa, intervino en el proceso para presentar las políticas ministeriales sobre “protección a las comunidades indígenas” y posición del Ministerio, en los siguientes términos,

“Políticas Ministeriales de protección a las Comunidades Indígenas

Mediante Circular N° 2064 del 4 de marzo de 2003, la señora Ministra impartió instrucciones encaminadas a la protección de los Derechos Humanos de las Comunidades Indígenas del país en aras de fortalecer la protección de los derechos de estas minorías. Es la primera vez que el Ministerio de Defensa dicta políticas de protección para esas comunidades, ya que el tema de seguridad de las mismas ha constituido una prioridad, en la medida en que las acciones de los grupos armados ilegales que se disputan sus territorios, frecuentemente ponen en riesgo sus derechos individuales y colectivos.

En cumplimiento de esta Circular, los miembros de la Fuerza Pública deberán principalmente:

- * Tener en cuenta que las Comunidades Indígenas del país constituyen un grupo vulnerable frente a las pretensiones terroristas de los grupos armados ilegales y que gozan de un marco normativo especial de origen constitucional que busca garantizar su supervivencia como colectividades.

- * Fijar criterios y emitir órdenes encaminadas a tomar las acciones preventivas necesarias para procurar la integridad de las comunidades durante la ejecución de operaciones militares y policiales en los territorios y resguardos indígenas.

- * Atender oportunamente los requerimientos de protección de comunidades o asentamientos indígenas en cada una de las jurisdicciones, previa evaluación de la

información llegada.

* Prestar especial atención a las informaciones relacionadas con actuaciones de grupos armados ilegales que pretendan vulnerar los Derechos Humanos fundamentales y de autonomía previstos en la Constitución a favor de las Comunidades Indígenas y las normas de Derecho Internacional Humanitario.

* Abstenerse de hacer declaraciones infundadas que puedan exponer la integridad de los miembros de las comunidades indígenas.

* Abstenerse de utilizar nombres indígenas para designar Unidades, instalaciones militares o policiales, material o equipo, operaciones o actividades propias de la Fuerza Pública.

* Incluir dentro de los programas de formación y capacitación militar y policial, aspectos relacionados con la legislación indígena.

* Buscar mecanismos de acercamiento con las comunidades y participar con las autoridades civiles en la realización de actividades que las beneficien.

* Realizar consejos de seguridad indígena con participación de autoridades indígenas, civiles y de la Fuerza Pública, en los cuales se pretende crear espacios de diálogo que permitan detectar y plantear soluciones a los problemas de seguridad más apremiantes de la comunidad.

* Incorporación de indígenas al programa de soldados campesinos, que sea de firma voluntaria y no mediante redadas o jornadas especiales de definición de situación militar.

Legislación vigente

Artículo 27, Ley 48 de 1993. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar:

Los limitados físicos

Pronunciamientos de la Corte Constitucional

Mediante sentencia C-058 de 1994, la Corte Constitucional declaró exequible el citado artículo 27 (se anexa copia).

Posición del Ministerio de Defensa

La Dirección de Reclutamiento del Ejército cumple cabalmente la legislación vigente y la jurisprudencia constitucional: Sin embargo, se han analizado casos concretos de solicitudes de desacuartelamiento indígenas que a pesar de no residir en su territorio, conservan su identidad cultural, accediendo a ello.

De igual manera, se han atendido solicitudes de indígenas que optan por la prestación de su servicio militar, a pesar de conservar su identidad cultural.”

7.3.2. El Ministerio de Defensa Nacional, por medio de apoderada,¹¹ también remitió un memorial en el que extendió su posición con relación a la información solicitada por la Corte Constitucional. La representante citó nuevamente la legislación vigente (la Constitución Política, la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 de 1993) y la política ministerial, consignada en la Circular N° 2064 del Ministerio de Defensa Nacional. La apoderada adjuntó copia de la Circular y la citó, excluyendo tres puntos citados por el Grupo de Derechos Humanos que en realidad no forman parte de dicha Circular,¹² e incluyendo los tres que sí hacen parte de la misma; a saber:

“Informar a este Despacho los resultados de las operaciones que se adelanten para proteger los derechos de las comunidades indígenas, así como de las acciones cívico-militares efectuadas en pro de las comunidades y de instrucción del personal en materia de derechos humanos y legislación indígena.

Informar a este Despacho cuáles son las comunidades indígenas que se encuentran en mayor riesgo frente a las presiones terroristas de los grupos armados ilegales.

Informar a este Despacho cuáles son las acciones y planes que tienen las Fuerzas y la Policía Nacional para atender a estas comunidades en mayor riesgo.”

7.3.2.1. Con relación al programa de ‘soldados campesinos’, al cual se vinculan indígenas, la apoderada del Ministerio de Defensa Nacional sostuvo:

“En procura de garantizar la seguridad de la población civil en las cabeceras municipales mediante planes de reacción y contraataque, el Gobierno Nacional, dentro de las estrategias del plan de choque y en acatamiento de la observación del orden público en el territorio nacional, dispuso la conformación de núcleos de resistencia para contrarrestar acciones de los grupos al margen de la ley conformando pelotones de soldados campesinos (...)

Programa de Soldados campesinos

Este programa se ha establecido como mecanismo de fortalecimiento de la Fuerza Pública en las cabeceras municipales apartadas del país, donde autodefensas ilegales y guerrilleros pretendían sustituir a las autoridades del Estado.

Los soldados campesinos constituyen una de las modalidades de prestación del servicio militar; prestan servicio y ejercen sus labores dentro del territorio del cual son originarios. Están llamados al mantenimiento del control estatal del territorio, una vez se ha restablecido el control de la Fuerza Pública en el mismo. No se trata de un mecanismo para involucrar civiles dentro del conflicto armado, sino de una incorporación de soldados para ampliar el pie de fuerza y presencia del Estado en todo el territorio nacional.

Mediante este instrumento se logra el fortalecimiento del Estado de Derecho y una mayor posibilidad de que la Fuerza Pública proteja los derechos fundamentales de

quienes habitan en rincones apartados de Colombia y que eran en momentos pasados víctimas indefensas de los grupos terroristas que se paseaban sin restricción alguna por entre sus fincas y veredas.

Este programa no está diseñado para involucrar a los civiles en el conflicto, sino para fortalecer la presencia del Estado en todos los rincones de Colombia, de modo que no se permitan espacios de acción a los violentos, su fin es el de proteger con mayor celo los derechos de los colombianos, fomentar el tejido social y la solidaridad, rescatar la posibilidad de que cada colombiano pueda crecer, trabajar y vivir en su pueblo.”

7.3.2.2. Con relación al reclutamiento de indígenas, específicamente, la participación del Ministerio de Defensa Nacional sostuvo lo siguiente,

“Del reclutamiento de Indígenas

Según el artículo 27 literal b, de la Ley 48 de 1993, concordado con el 26 del Decreto Reglamentario 2048 del mismo año, los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad, social y económica se encuentran exentos de prestar el servicio militar.

Para cumplir en su integridad esta norma, la Dirección de Reclutamiento del Ejército generalmente promueve jornadas regionales en todo el territorio nacional dependiendo de la jurisdicción de las diferentes zonas, con el fin de facilitar la definición de la situación militar de los colombianos, entre las cuales se tiene en cuenta a todas las comunidades o resguardos indígenas, para lo cual se coordina previamente con los Gobernadores de los diversos cabildos para que alleguen las certificaciones donde se demuestre que los jóvenes cumplen las condiciones determinadas por la ley para exonerarlos de la pretensión del servicio militar.

Agotados los trámites y verificaciones correspondientes, se les entregan las respectivas tarjetas de reservistas de segunda clase, cancelando solamente el pago del valor de la tarjeta, dado que éstos también están exentos del valor de la cuota de compensación militar.

No obstante, existen casos en que algunos ciudadanos indígenas se acercan directamente al Distrito o a otras unidades militares, manifestando su deseo de contribuir

con la política de defensa y seguridad democrática, para lo cual allegan declaraciones extrajudicial o juramentadas o firman un acta de compromiso, donde expresan libre y voluntariamente su intención de pertenecer a las filas de las Fuerzas Militares.

Dada su insistencia y como es bien sabido que el servicio militar por su carácter de obligatorio no es bien recibido por gran parte de la comunidad, se opta por incorporar a éstos jóvenes dentro de la modalidad de soldados regulares y campesinos.

No obstante, y pese a la voluntad expresa de los jóvenes de prestar el servicio militar, una vez incorporados, los jefes indígenas o sus padres a pesar de ser mayores de edad, solicitan su desacuartelamiento argumentando desconocimiento de la ley y violación al debido proceso, basados en que los funcionarios de reclutamiento no realizaban la consulta previa que contempla la ley 21 de 1991 a las autoridades indígenas, respecto a las decisiones que pueden afectar a las comunidades indígenas.

Las diferentes quejas, incluyendo las de miembros de la Organización Nacional de Indígenas de Colombia, ONIC, en torno al reclutamiento de 120 indígenas para el año 2003, condujo a tomar acciones por parte de la señora Ministra de la época, (...) con el fin de retirarlos del servicio, no obstante previo proceso de verificación, sólo se desincorporaron a unos pocos que aunque aceptaron su voluntariedad en la prestación del servicio, no deseaban continuar en las filas.

Hechos que fueron objeto de Acción de Cumplimiento, (...) cuyo actor fue el honorable Senador de la República Efrén Félix Tarapues Cuical, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien falló a favor del Ministerio de Defensa, con fundamento en el principio de libre desarrollo de la personalidad, según apartes que literalmente se transcriben:

‘La Sala no encuentra objeción acerca del cumplimiento de la norma por parte de la autoridad accionada y en especial de la manera como hasta ahora se ha venido realizando la incorporación de miembros de las comunidades indígenas como soldados campesinos, pues si bien es cierto, la exención del servicio militar es una condición jurídica colectiva de la comunidad, no lo es menos, que ésta puede ser reivindicada individualmente por cada uno de sus miembros, sin que ello implique desconocer la autonomía de que gozan las comunidades indígenas para adoptar decisiones respecto de

sus integrantes. Y en el expediente se halla demostrado que la permanencia de éstos jóvenes atiende también a su libre voluntad a renunciar al derecho de dispensa o exención para prestar servicio...'

Es de anotar que el tema de la incorporación de los indígenas ha sido objeto de discusiones y reuniones entre el Ministerio de la Defensa, autoridades indígenas, miembros de la ONIC y demás entidades públicas relacionadas, donde se han tejido no sólo las acciones y estrategia tendiente a proteger a la población indígena, sino también la posibilidad que éstos se puedan incorporar al Ejército, cuando medie su autorización clara y expresa.

La incorporación de los indígenas es de singular trascendencia para el país, que desde el punto de vista político fue ampliamente debatida, en sección plenaria en el Honorable Congreso de la República, llevada a cabo el 17 de julio de 2003 y que condujo al Señor Francisco Rojas Birry previas las disquisiciones del caso a reiterar su posición sobre la consulta previa a las comunidades indígenas para efectos del servicio militar de los indígenas, por allanamiento total a las políticas de incorporación que en la actualidad se siguen.

Es de resaltar que las autoridades de reclutamiento tratan al máximo de no incorporar jóvenes indígenas para prestar el servicio militar, cuando lo hacen es porque los conscriptos omiten informar su carácter de indígenas, o porque éstos lo solicitan expresamente, caracterizándose en todo momento por la transparencia y la observancia de los principios constitucionales, legales y jurisprudenciales, en ningún momento y bajo ninguna esfera se ha presionado ni obligado para obtener su participación ciudadana, son precisamente ellos, quienes con el objetivo de lograr la paz han querido servir a la patria y para el Ejército Nacional es tan obligatorio no incorporar indígenas en forma forzada como aceptar a aquellos que voluntariamente lo manifiestan, pues así lo prevé la ley del servicio de reclutamiento en su artículo 19 inciso 4°.

Para efectos de incorporación de los indígenas, también se aplican las directrices emitidas por el Ministerio de Defensa Nacional, consignadas en la Directiva N° 2064 del 4 de marzo de 2003. En donde se imparten instrucciones a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional en aras de procurar la protección de los derechos humanos de las

comunidades indígenas y donde también se contempla que los jóvenes indígenas que voluntariamente quieran prestar el servicio militar, podrán hacerlo en cualquiera de las modalidades incluida la de soldado campesino.”

7.3.2.3. Con relación al mecanismo de consulta que se sigue en los casos de incorporación de indígenas al Ejército Nacional, se dijo lo siguiente,

“En ocasiones se ha expresado que cuando un indígena manifiesta su voluntad de prestar el servicio militar obligatorio, la autoridad militar respectiva debe consultar a la colectividad indígena antes de incorporarlo, pues consideran que es una decisión que afecta a todos.

La consulta pretendida hace alusión al mecanismo de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT, adoptado en Colombia mediante la Ley 21 de 1991, y según la cual las decisiones de la administración que afectan a las comunidades indígenas deben ser consultadas antes de su ejecutoria (Ej. Construcción de embalses en los resguardos, explotación de recursos naturales, etc.) y en todo caso, no son vinculantes.

Frente a este mecanismo, la Corte Constitucional se ha manifestado en repetidas ocasiones, entre ellas, mediante la Sentencia C-891 de 2002 (...)

Del análisis que hace la Corte Constitucional se concluye con claridad: 1- que el mecanismo opera frente a decisiones de la administración y 2- que en Colombia opera exclusivamente frente a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

Como se observa, este mecanismo de consulta no aplica frente al tema de incorporación de indígenas y por ello cuando un indígena manifiesta su voluntad de ingresar al Ejército, la administración no está en la obligación de consultar a la colectividad.”

7.3.2.4. Finalmente, el Ejército Nacional se pronunció con respecto al caso específico del accionante, Servio Francisco Coral.

“Tal y como se manifestó en la contestación de la acción de tutela y en la impugnación de la misma se demostró que el Joven Servio Francisco Coral compareció voluntariamente ante la Dirección de Reclutamiento y Control Reserva Distrito Militar,

firmando acta de compromiso y donde manifestaba su deseo de prestar servicio militar.

Igualmente, en la hoja de inscripción de datos personales, suscrita por el mismo, en ningún aparte manifestó su condición de indígena, ni que vivía en resguardo alguno, informando que era estudiante.

Igualmente informó que tiene 3 hermanas más por lo cual no es hijo único.

Es de tener en cuenta que el Joven Servio Francisco Coral tiene a la fecha 20 años de edad, siendo mayor de edad para tomar decisiones propias, máxime cuando se prueba que es bachiller del instituto Teresiano.”

7.3.3. Anexo a la segunda de las participaciones, el Ejército Nacional remitió copia de varios documentos.

7.3.3.1. Copia del Acta de Compromiso para la Prestación del Servicio Militar como Soldado Regular, del 19 de enero de 2005, que se transcribe a continuación,

“Fuerzas Militares de Colombia

Ejército Nacional

Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas

Distrito Militar N°

Prestación Servicio Militar como Soldado Regular

Yo Servio Francisco Coral O. mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía N° 108790697013 de Túquerres, manifestó ante las autoridades de reclutamiento que he sido informado ampliamente sobre las modalidades que fija la Ley 48 de 1993 para definir su situación militar:

Como soldado regular de 18 a 24 meses

Como soldado bachiller, durante 12 meses

Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses

Como soldado campesino, de 12 a 18 meses

Sin embargo, con fundamento en el artículo 16 de la Constitución Política aunque soy bachiller, mi deseo es prestar el servicio militar en forma voluntaria como Soldado Regular, bajo las mismas normas y parámetros que rigen para este tipo de servicio.

Que mi vocación es servir a la patria en cualquier unidad del Ejército Nacional, por lo tanto renuncio expresamente a los beneficios o bondades que otorga la incorporación como Soldado Bachiller.

A los 19 días del mes de enero del año 2005 en la ciudad de Ipiales.

[...]”¹⁴

7.3.3.2. Copia de la hoja sobre datos personales y familiares. En esta se consigna, entre otras cosas, el número de su tarjeta de identidad, como documento de identificación, su condición de estudiante, y el hecho de que cuenta con tres hermanas, que para entonces tenían 23, 24 y 26 años de edad.

7.3.3.3. Copia de la Circular 2064 de 2003 (marzo 4) sobre las Políticas del Ministerio de Defensa Nacional en materia de protección de los derechos humanos de las Comunidades Indígenas; copia de la Directiva Permanente N° 0173 de 2002 (12 de septiembre), sobre la incorporación de cuatrocientos veintitrés pelotones de soldados campesinos; copia de las normas complementarias a la Directiva N° 0173 de 2002 del 7 de enero de 2003 (circular N° 47022); y copia de la Directiva Permanente N° 096 de 2004 (4 de mayo), sobre la incorporación de ciento cuarenta pelotones de soldados.

7.3.3.4. Copia de la sentencia de 10 de diciembre de 2003 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub sección A, dentro del proceso de Efrén Félix Tarapues Cuaical, Senador por la circunscripción electoral indígena, contra el Ministerio de Defensa Nacional.¹⁵ A continuación, se hace un recuento de los aspectos centrales de esta decisión judicial aportada al proceso por el Ministerio de Defensa Nacional.

7.3.3.4.1. El Senador Tarapues Cuaical presentó acción de cumplimiento en contra del Ministerio de Defensa Nacional, solicitando que se haga cumplir lo establecido en la Ley 48 de 1993, artículo 27 numeral (b), que exime de prestar servicio militar a los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica. Las pretensiones de la demanda eran dos,

“1. Hacer efectiva la desvinculación inmediata de todos los jóvenes indígenas pertenecientes a las diferentes etnias que habitan en el territorio colombiano, reclutados como soldados campesinos en lo que va corrido del presente año 2003.

2. De igual manera y teniendo en cuenta que, el incumplimiento de la norma aludida vulnera derechos colectivos y, amenaza vulnerar derechos colectivos fundamentales de los pueblos indígenas, obrando en prevención, se ordene que durante el tiempo de trámite de la presente acción de cumplimiento, el Comando General de las Fuerzas Armadas se abstenga de trasladar a los jóvenes indígenas en calidad de soldados campesinos a sus comunidades de origen, por cuanto esa circunstancia podría desatar acciones de guerra por parte de los grupos al margen de la ley poniendo eventualmente en peligro la vida de todos los integrantes de las comunidades indígenas.”

7.3.3.4.2. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub sección A, resolvió negar las pretensiones de la demanda, por considerar que el Ejército no ha incumplido el mandato de la Ley 48 de 1993 con relación a los indígenas, y por cuanto los jóvenes indígenas cuyo desacuartelamiento se había solicitado, para el momento del fallo ya habían dejado las filas del Ejército.

7.3.3.4.3. El Tribunal Administrativo en su sentencia tuvo en cuenta los derechos especiales de las Comunidades Indígenas bajo el orden constitucional vigente, en especial lo que se refiere al servicio militar, el derecho fundamental individual al libre desarrollo de la personalidad y el interés general reflejado en la política de seguridad democrática. De las consideraciones anteriores, concluyó que la política oficial del Ejército Nacional sobre el reclutamiento de indígenas, contemplada en la Circular Ministerial N° 2064 de 2003, demuestra el cumplimiento de la Ley 48 de 1993. Dijo al respecto la sentencia,

“(…) la Constitución permite que las autoridades adopten un sistema de defensa y seguridad, y en particular el Presidente de la República tracen políticas y planes específicos. Sin embargo, no cualquier política de seguridad y defensa es legítima, pues ella debe respetar integralmente la Constitución y los compromisos internacionales asumidos por Colombia en materia de derechos humanos y de derecho humanitario (CP art. 93 y 214). En efecto, no sólo la ley está sujeta a la Constitución, que es norma de normas, sino que además la Carta instituye un Estado Social y democrático de derecho, fundado en ciertos principios y diseños institucionales que no pueden ser desconocidos por las autoridades.

Así las cosas, la manera como el Gobierno ejerce su autoridad y enfrenta las situaciones de conflicto armado, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre estos dos tipos de intereses, y en todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de las comunidades o de sus miembros.

En este sentido se aprecia que en desarrollo de la política de protección a las comunidades indígenas fue expedida la Circular Ministerial N° 2064 de 4 de marzo de 2003 en la cual se imparten instrucciones a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional en aras de procurar la protección de los derechos de estas minorías.”

Para el Tribunal, el proceso de incorporación de un indígena al Ejército Nacional no es una de aquellas decisiones que deba ser sometida a consulta previa por parte de las Comunidades Indígenas.¹⁶

7.3.3.4.4. Con relación a la forma como la norma ha sido aplicada por el Ejército, el Tribunal no encontró probadas muchas de las malas prácticas que fueron denunciadas. Dijo al respecto,

“La Sala no encuentra objeción acerca del cumplimiento de la norma por parte de la autoridad accionada y en especial de la manera como hasta ahora se ha venido

realizando la incorporación de miembros de las comunidades indígenas como soldados campesinos, pues si bien es cierto, la exención del servicio militar es una condición jurídica colectiva de la comunidad, no lo es menos, que ésta puede ser reivindicada individualmente por cada uno de sus miembros, sin que ello implique desconocer la autonomía de que gozan las comunidades indígenas para adoptar decisiones respecto de sus integrantes. Y en el expediente se halla demostrado que la permanencia de estos jóvenes atiende también a su libre voluntad a renunciar al derecho de dispensa o exención para prestar el servicio.

El impedir que los jóvenes indígenas que voluntariamente deseen incorporarse y prestar el servicio militar, o continuar en él, implica sacrificar derechos fundamentales de estas personas, lo cual no es posible dentro del marco constitucional que rige en Colombia.”

7.3.3.4.5. Ahora bien, con relación a los casos específicos de indígenas de Nariño que el Senador demandante solicitó que fueran desincorporados, el Tribunal consideró que no había nada que decidir o mencionar al respecto por cuanto el Ejército Nacional, para ese momento, ya los había desincorporado. Dijo al respecto el Tribunal,

Como antes se advirtió, los elementos de juicio aportados estuvieron referidos a la zona geográfica del Departamento de Nariño. Por tanto, conforma al análisis probatorio precedente ya se cumplió el objeto de la acción en relación con dicha incorporación, sin que haya adicional que disponer sobre el particular.”

7.3.3.4.6. Finalmente, el Tribunal consideró que tampoco se vulneraba derecho alguno por el hecho de que el Ejército dejara a los soldados indígenas prestando el servicio en sus propios territorios bajo la modalidad de ‘soldados campesinos’; por el contrario, consideró que se desconocerían sus derechos si se les llevara a otro territorio.

“En lo atinente a que los indígenas que prestan el servicio lo hagan por fuera de sus comunidades, se observa que el artículo 13, parágrafo 2 de la Ley 48 de 1993, establece que ‘los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen’, por lo tanto la forma como el actor considera la aplicación de la disposición, no ya en prevención, sino respecto de quienes permanecen en el servicio, no se compecede con la norma que indica que el servicio militar campesino y dentro de éste el que prestan los indígenas debe hacerse en la respectiva

localidad en la cual residen, para el caso, dentro de sus propias comunidades. El actor pide, que por el contrario, se desarraigue a dichos jóvenes de su entorno y no se les obligue a prestarlo en sus propias tierras, lo cual justamente se opone no sólo a la disposición, sino también a la finalidad de la especial protección constitucional. Es evidente que el actor está en desacuerdo con la disposición antes citada. No le corresponde a esta jurisdicción, ni dentro de esta acción entrar a juzgar la constitucionalidad de la norma de rango legal.”¹⁷

1. Departamento de Antropología de la Universidad de Los Andes

El profesor Fabricio Cabrera M., rindió concepto técnico en nombre del Departamento de Antropología de la Universidad de Los Andes, en los siguientes términos,

“El entrenamiento militar de reclutas que vienen de regiones rurales tiene por tradición en nuestro país una serie de procedimientos orientados a producir un orden jerárquico, de obediencia y disciplina estrictos que difícilmente están en condiciones de reconocer y valorar diferencias, sobre todo de tipo cultural con raíces cognitivas diferentes como es el caso de los miembros de comunidades étnicas. Una experiencia de este tipo suele conllevar tal grado de traumatismo para estos individuos que su readaptación a la vida social de sus comunidades es difícil, si no imposible, razón por la cual suelen alejarse definitivamente de ellas. En el transcurso de su experiencia suelen ser brutalmente expuestos a las concepciones de menosprecio y desconocimiento de las tradiciones de sus grupos étnicos de origen, genéricamente concebidos por amplios sectores de la población colombiana como ‘atrasados’, ‘primitivos’ o ‘salvajes e ignorantes’.

El verdadero compromiso de un proyecto de democracia plural, como el que parece animar lo mejor del presente político y social de nuestro país, es el de no solo respetar sino inclusive propender por el fortalecimiento y el desarrollo de la vida social propia de las comunidades étnicas, con su rico bagaje de experiencia y práctica social y de producción cultural propia. Más allá de la dimensión individual de las experiencias personales de los reclutas, importante y significativas como ellas son, es evidente que el servicio militar de un joven de esas comunidades lo aleja y posiblemente aliena irreversiblemente

de poder apreciar y aprender, de forma directa en su entorno y contexto, las potenciales respuestas de su sociedad y cultura a los retos y realidades presentes, haciendo uso de las ricas tradiciones de conductas y saberes de los cuales sus mayores son en muchos casos portadores. Por el contrario, probablemente adquirirá parte de los prejuicios con los cuales esas experiencias y saberes son usualmente percibidos desde afuera. De esta forma lo que se está afectando, no es solo la experiencia de vida individual de éstos jóvenes sino la posibilidad de la reproducción y de la continuidad de la comunidad misma, al privarla de quienes como hombres jóvenes están en capacidad de recibir conocimientos de sus tradiciones y aportar a la solución de sus necesidades y oportunidades a partir de estos conocimientos, experiencias y saberes propios.

El compromiso con la democracia plural en el país pasa por el reconocimiento de estas dimensiones colectivas de derechos y deberes sobre la diversidad, propios de la existencia de estructuras comunitarias de grupos étnicos. Es preciso salvaguardar la posibilidad de reconocer y respetar esta dimensión de derechos colectivos aun cuando -y tal vez precisamente porque- nos tienden a ser ajenos en una sociedad donde la individuación aparece como principal fuente de valores éticos y de responsabilidades. La expresión de este tipo de derechos colectivos conlleva responsabilidades y compromisos de distintas generaciones, los cuales estimulan su cumplimiento colectivo dentro del grupo. La madre de este recluta, a pesar de haber él podido escoger entrar al ejército de manera individual, está cumpliendo el deber de su generación mayor, de luchar por exigir y brindar a su hijo la oportunidad del cumplimiento de un deber colectivo como es el de participar en su compromiso de servir a su comunidad haciendo parte de ella y beneficiándose de sus conocimientos particulares, al tiempo de aportar a su supervivencia. Tal solicitud debería ser tenida en cuenta y acatada en el espíritu del reconocimiento y derecho de la superveniencia y desarrollo de su comunidad étnica, como colectividad, dentro de la nación multiétnica colombiana.”

1. Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana

Los profesores Juan Pablo Vera Lugo, Carlos del Cairo Silva, Jairo Clavijo Poveda, Leonardo Montenegro, Jaime Ramírez, Socorro Vásquez y Magdalena Peñuela, todos ellos

profesores del Departamento de Antropología, presentaron el concepto solicitado por la Sala de Revisión.

7.5.1. En primer lugar, el concepto se interesa por enfatizar las diferencias tan grandes que existen entre los diferentes pueblos indígenas, por lo que no es posible hablar, en estricto sentido, de 'lo indígena', como una categoría general. En especial, se aboga por que no se considere que lo esencial de 'lo indígena' es el territorio, y en tal sentido, que el dejar o abandonarlo el territorio implica que la cultura 'se pierde'. Dijo al respecto el concepto,

"Al decir 'los indígenas' se plantea un primer problema de sentido que la Corte puede entrar a revisar. Lo indígena como categoría que engloba a un grupo homogéneo de sujetos y sociedades manifiesta para la antropología un problema al que durante mucho tiempo ha intentado dar respuesta. Son varios los criterios que se pueden perfilar para enseñar esta cuestión. [...]

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento que se le da hoy a la homogeneidad de lo indígena en Colombia? Básicamente y como lo ha expresado la Corte Constitucional en varias ocasiones: 'lo esencial a las comunidades indígenas es el territorio (C-058/94)'. Se trata de una visión de la identidad indígena fundamentada en el horizonte territorial, que formula de fondo una representación de la cultura estática y auto-contenida, la cual no logra explicar adecuadamente el movimiento e intercambio continuo de las sociedades contemporáneas.

[...]

Los grupos humanos sin duda siempre han sido más móviles que estáticos y sus identidades menos definidas que lo que la antropología clásica ha sugerido (Gupta y Ferguson, 1992:9).¹⁸ Por el contrario se piensa que los procesos de desterritorialización de las identidades en el contexto contemporáneo se da también en los marcos de la variabilidad de los pueblos que tradicionalmente se han asociado a lo indígena, (...)

(...) la Corte [puede] 'desesencializar' las identidades y flexibilizar sus matices en el contexto de una sociedad con un mayor número de diversidades manifiestas. En este

sentido, el análisis que aquí se presenta es útil al momento de reflexionar sobre los casos en que los indígenas que no habitan su territorio son reclutados por las Fuerzas Armadas Nacionales. Si bien la Corte Constitucional ha encontrado coherente con el texto de la Constitución la norma que regula el tema del reclutamiento de indígenas asumiendo que el territorio es fundamental en el contexto de la identidad cultural indígena (sentencia C-058/94), el problema se presenta cuando se piensa que por fuera de ese espacio territorial, la identidad cultural 'se pierde'. Este efecto es el que genera problemas tanto en el contexto del derecho como en el de la Antropología. Sin embargo, en medio del debate podemos expresar a la Corte el sentido difuso que tienen las identidades culturales radicales y la manifestación constante de otras expresiones de diversidad. La determinación del territorio para portar una identidad particular es incongruente con la consideración de aquellas formas de identidad cultural en las que el individuo se desplaza por cualquier parte del mundo sin dejar de ser quien es, ni perder aquello que porta consigo: su memoria y su historia. Esto lleva a considerar que la identidad no se pierde por el sólo hecho de no estar confinado a un espacio en medio de determinados lazos sociales.

(...) el término de indígena constituye una categoría que opera como unidad de sentido para designar una serie de horizontes culturales disímiles, los cuales no quedan contenidos en la noción de territorio como indicador de cultura indígena. Es ésta tesis que queremos llamar la atención de la Corte Constitucional para el estudio del caso concreto."

7.5.2. La segunda parte del concepto se ocupa de desarrollar el problema de entender el territorio como esencia de 'lo indígena'. Para abordar la cuestión plantea la siguiente pregunta '¿los indígenas que viven fuera de sus resguardos pierden su condición de indígenas?', la cual responde negativamente en los siguientes términos,

"Podemos decir que una persona que participe o haya participado en un sistema de relaciones sociales en ningún momento pierde su identidad étnica por vivir fuera del resguardo. Esto debido a que los sistemas de relaciones que lo inscriben como miembro de una comunidad étnica no se limitan a las fronteras especiales del resguardo sino, como es natural, trascienden sus límites, pero a su vez son relaciones las que siguen garantizando

que ese miembro sea reconocido por los demás como perteneciente a una comunidad específica, ya sea por agentes externos a la misma o por los mismos miembros de su contexto social.

Aún hoy la sociedad mayoritaria colombiana continúa manejando una concepción de los indígenas fuertemente anclada en las ideas que los han representado tradicionalmente. Se ubican en contextos históricos particulares donde las imágenes remiten al atraso, la pobreza, la marginación y el exotismo. Por tal motivo, a lo largo del tiempo, los indígenas han sido objeto de prácticas discriminatorias en un sentido negativo, lo cual ha mantenido a éstos individuos y sus comunidades como poblaciones marginadas. La combinación de la consideración étnica homogénea y la discriminación, es lo que ha convertido a las personas y grupos, inscritas en esta diferencia cultural, en una población frágil y en desventaja que merece ser protegida dentro y fuera de los territorios.

Aún hoy, los miembros de la sociedad mayoritaria continúan reconociendo y discriminando a los indígenas individualmente por fuera de sus comunidades. Así, en la medida en que las prácticas discriminatorias constituyen un efecto que no resulta ajeno a organizaciones verticales como la que estructura la institución militar, debe preguntarse por la pertinencia de limitar el conjunto de derechos colectivos sobre entidades genéricas abstractas (comunidades) excluyendo las entidades particulares (individuos).

En ese orden de ideas consideramos que las razones esencialistas por las cuales se exime a los indígenas de prestar el servicio militar en el ordenamiento jurídico colombiano, ensombrecen otro tipo de justificaciones que pueden darse para pensar el tema de la excepcionalidad del reclutamiento. En efecto, otras razones pueden ser planteadas a partir de la política de reconocimiento que subyace a los desarrollos jurídicos y estatales, las cuales encuentran fundamento en la idea de reparación y protección de grupos socialmente estigmatizados históricamente en el contexto de la sociedad mayoritaria.”

7.5.3. Para los profesores de la Universidad Javeriana, no deberían excluirse de la excepción de prestar servicio militar a los indígenas

“Nuestra tesis es entonces que todos los indígenas deben ser eximidos del reclutamiento por parte de las Fuerzas Armadas Nacionales. Esto incluye no solo a los indígenas que

viven dentro de los territorios reconocidos por el Estado (resguardos), sino también a aquellos sujetos indígenas que se encuentran por fuera de esos territorios, que han migrado por la fuerza y/o por la necesidad de buscar mejores opciones de vida en otras latitudes, a aquellos que han compartido lazos culturales relacionales con diversos grupos en algún momento de sus vidas e incluso a los indígenas disidentes o que, por efectos de la autonomía jurisdiccional, han sido expulsados de la misma.

Pero entonces ¿qué criterios utilizar y cómo identificar el carácter de indígena de un sujeto que no habita un resguardo? Podemos decir, para ser operativos en términos de la praxis jurídica, que es necesario indagar entre las personas que conforman las redes de relaciones sociales indígenas, a las que se adscribe el sujeto que reivindica su carácter de indígena. Así mismo resulta pertinente reconocer en el sujeto un auto-reconocimiento como tal y la posibilidad de ser reconocido en el marco de relaciones externas a la comunidad como indígena.

El uso estratégico de la ley permite que los individuos apelen a ella cada vez que vean conculcados sus derechos o perciban injusticias latentes. Por tal motivo a los indígenas que viven fuera de su territorio se les debe dar la oportunidad de participar en la reparación de la cual, dadas las condiciones reales sociales y económicas del país, están en derecho de gozar por tanto han sido y siguen siendo agentes marginados, desplazados por la violencia y estigmatizados por la cultura mayoritaria.

Si se dan estas razones, el indígena que se encuentra por fuera de su territorio se vuelve objeto de la excepcionalidad de la ley. Además, dadas las condiciones actuales de la guerra interna, esta interpretación permite proteger a individuos que tradicionalmente han estado inmersos y han sido víctimas del conflicto. Esto evita la discusión que se presenta a la hora de buscar indicadores de identidad en aquellos sujetos que se encuentran por fuera de su territorio.”

1. Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH

La profesora Esther Sánchez Botero, antropóloga y doctora en derecho, participó en el proceso para presentar el concepto del Instituto Colombiano de Antropología e

Historia, ICANH.

7.6.1. En su concepto, el servicio militar es una experiencia que en modo alguno es neutra para los indígenas o para sus comunidades en general.

Bastaría una certificación expedida por autoridad indígena competente, declarando a un sujeto como miembro de un pueblo, para que las Fuerzas Armadas desistieran del propósito de reclutar a un indígena. Sin embargo, existen en la sociedad mayoritaria, referentes y visiones que hacen que éste mandato, como acción afirmativa para unos sujetos distintos, no sea determinativo para actuar coherentemente con él. Quienes consideran que estos sujetos deben ser tratados como colombianos iguales frente al deber patrio de prestar el servicio militar, deberían demostrar que el equilibrio ha llegado a estos pueblos y que las condiciones que sustentan esta acción afirmativa ya han sido superadas.

Determinar que la presentación del servicio militar no es una experiencia neutral frente a los pueblos indígenas, no es un asunto de intuición o de sentido común, se aboga en la experticia de un profesional que dispone de criterios sustentados en los conocimientos rigurosos provenientes de la Antropología jurídica que le permite evaluar sí un entorno institucional determinado, donde los sujetos requieren actuar bajo estrictos principios, reglas y procedimientos, puede o no impactar negativamente a los indígenas que se integran a esta institución y que son parte de un pueblo indígena.

Finalmente, a pesar de existir una Constitución nueva desde 1991, es un hecho que las instituciones no han terminado de ajustarse al significado profundo que representa vivir en una nación multicultural y pluriétnica.”

7.6.2. Con relación a los indígenas que no se encuentran en su comunidad porque salen de ella, el concepto señala lo siguiente,

“En la sociedad no indígena se tiene un referente según el cual a mayor distancia del lugar en el cual nació un indígena hay menoscabo de su identidad, etnicidad o cultura; igualmente, que el impacto del tiempo de permanencia en lugar distinto, también elimina o modifica la identidad. Estas son ideas que no tienen fundamento; la identidad étnica y cultural es tan fuerte como la identidad de género; no desaparece por situaciones de

lugar o tiempo. Vale bien la pena examinar, para ampliar la comprensión de esta afirmación, si un estudiante mestizo en el exterior a pesar de vestirse adecuadamente para el invierno, o comer según las preparaciones del lugar, o tener amigos no colombianos y participar de las fechas patrias del país que visita, se siente alemán o gringo? La identidad es un sentimiento marcado en el individuo, que genera también un sentido frente a los que reconozco como 'nosotros', como los 'míos' frente a 'otros', estén presentes o no."

7.6.3. Finalmente, luego de analizar la sentencia que declaró exequible la exención de prestar servicio militar a los indígenas, el concepto señala lo siguiente,

"Una sociedad multicultural y pluriétnica puede ser liberal siempre que sea capaz de respetar la diversidad, especialmente al tratar a aquellos que son distintos y siempre que pueda ofrecer salvaguardias adecuadas para los derechos fundamentales. Es importante recordar que como sujeto colectivo un pueblo indígena no tiene derecho a la vida y a la integridad.

La legitimación de la supervivencia cultural es un desafío: el Estado impulsa, por medio de sus instituciones, el desarrollo y ejecución de las políticas públicas orientadas a legitimar y fortalecer la creciente demanda de los grupos étnicos por hacer valer su derecho a la existencia cultural alterna, debilitando la imposición de la cultura hegemónica. El conflicto se presenta porque hay quienes no comparte como culturalmente equiparable la distintividad que presentan estas sociedades."

II. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Corte es competente para revisar el fallo de tutela de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991; asimismo, por la selección del respectivo expediente y la determinación de que el caso sea decidido por la Sala Plena de la Corporación.

2. Procedibilidad de la acción, los familiares de un joven indígena, o los designados por la comunidad para el efecto, están legitimados para defender sus derechos

fundamentales frente al Ejército Nacional

2.1. En cuanto a la posibilidad que tiene una persona para agenciar la defensa de los derechos fundamentales de otro, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el respeto a la autonomía individual implica la exigencia estricta por parte del juez constitucional, de los requisitos establecidos en la reglamentación del proceso de acción de tutela (art. 10, Decreto 2591 de 1991). Por eso, pese a la informalidad propia de la tutela, es deber del juez, por regla general, confirmar la voluntad del agenciado en lo que a la defensa de sus derechos se refiere, de acuerdo con lo establecido por el Decreto 2591 de 1991. No obstante, existen múltiples casos en los que la imposibilidad de una persona cuyos derechos son agenciados, para pronunciarse al respecto, ha llevado a la jurisprudencia constitucional a admitir su defensa por parte del agenciado.

2.2. El juez constitucional también debe tener en cuenta casos especiales, en los cuales la defensa de los derechos fundamentales de una persona implican a su vez, la defensa de los derechos fundamentales del propio agente oficioso o de otras personas a cargo de éste -tal es el caso de un menor-. Desde su inicio, por ejemplo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pareja de un joven puede interponer una acción de tutela en representación de éste, en contra de las Fuerza Militares, cuando la violación alegada conlleva, a la vez, la violación de los derechos de su núcleo familiar.¹⁹ En la sentencia SU-491 de 1993 la Corte Constitucional estudió la acción de tutela de una joven, actuando en representación de su pareja, contra el Ejército Nacional, por considerar que dicha institución se había negado a desacuartelarlo a pesar de haberse enterado que su pareja estaba embarazada. Para la Corte, si bien el Ejército no había actuado mal en el momento del acuartelamiento, por cuanto no tenía información del embarazo de la pareja del joven, una vez tuvo noticia de ese hecho, no ha debido impedirle partir de la institución castrense.²⁰ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, ordenando el desacuartelamiento de los jóvenes reclutados cuando así corresponde.²¹ Recientemente, por ejemplo, la sentencia T-774 de 2008, a pesar de considerar que 'el vínculo de consanguinidad o el parentesco familiar, no son (...) argumentos suficientes para justificar la agencia de derechos ajenos'²² y que de tiempo atrás, se ha reiterado que incluso a una madre le está vedado defender los derechos fundamentales de su hijo mayor de edad, sin sustentar el impedimento de él para interponer la acción de tutela,²³ reiteró que 'en aquellas

situaciones en las que se solicita la desincorporación de un ciudadano que presta el servicio militar, por parte de quien comparece en calidad de compañera permanente al proceso, la Corte ha reconocido que si bien a primera vista pareciese que se están agenciando los derechos del conscripto, lo cierto es que la decisión de incorporar al servicio militar al ciudadano puede generar la afectación de los deberes de esa persona con su núcleo familiar y eventualmente con sus hijos pequeños'.²⁴

2.3. La jurisprudencia constitucional ha reconocido especialmente la posibilidad de que los derechos fundamentales de las personas indígenas o las comunidades indígenas sean defendidos por terceros, sin relación de familiaridad alguna, cuando las situaciones y los casos así lo demanden. Así por ejemplo, en la sentencia T-342 de 1994, la Corte consideró que dos ciudadanos estaban legitimados para interponer acción de tutela en representación de los Nukak-Maku, contra la Asociación Nuevas Tribus de Colombia, por considerar que ésta los estaba aculturizando.²⁵

2.4. En el presente caso, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional considera que la solicitud de tutela presentada por Amparo Ortega Viuda de Coral, en representación de su hijo, Servio Francisco Coral Ortega, no sólo implica la defensa de los derechos de su hijo, mayor de edad, sino que además involucra el derecho a la vida y la subsistencia de la comunidad indígena a la cual pertenece. Como lo señala uno de los conceptos antropológicos aportados al proceso,

“(…) La madre de este recluta, a pesar de haber él podido escoger entrar al ejército de manera individual, está cumpliendo el deber de su generación mayor, de luchar por exigir y brindar a su hijo la oportunidad del cumplimiento de un deber colectivo como es el de participar en su compromiso de servir a su comunidad haciendo parte de ella y beneficiándose de sus conocimientos particulares, al tiempo de aportar a su supervivencia. Tal solicitud debería ser tenida en cuenta y acatada en el espíritu del reconocimiento y derecho de la superveniencia y desarrollo de su comunidad étnica, como colectividad, dentro de la nación multiétnica colombiana.”²⁶

Por tanto, los familiares de un joven indígena, o los designados por la comunidad para el efecto, están legitimados para defender sus derechos fundamentales frente al Ejército Nacional.

3. Problema jurídico

3.1. En el presente caso la Sala debe entrar a resolver los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Desconoce el Ejército Nacional los derechos constitucionales de protección especial de un joven indígena y de la comunidad a la cual pertenece, al recibirlo a prestar servicio militar, a pesar de estar exento de cumplir con dicha obligación 'en todo tiempo' (art. 27, Ley 48 de 1993)?²⁷ (ii) En caso de que la respuesta al anterior problema jurídico sea negativa, ¿viola el Ejército Nacional los derechos constitucionales de protección especial de un joven indígena y de la comunidad a la cual pertenece, al impedirle retirarse del servicio militar que está prestando voluntariamente, a pesar de estar exento de la obligación de prestar dicho servicio 'en todo tiempo' (art. 27, Ley 48 de 1993)?

3.2. Con relación al primero de los problemas, la Sala de Revisión considera que el Ejército Nacional no viola el derecho de protección especial que tiene todo indígena, especialmente, el derecho a no prestar servicio militar obligatorio, cuando permite que voluntariamente se incorpore a las filas del Ejército, siempre y cuando (i) exista un consentimiento libre e informado y (ii) haya existido la posibilidad de que la comunidad haya tenido la oportunidad de manifestar, tanto al joven como al Ejército, el impacto que tal reclutamiento conlleva para su supervivencia colectiva y cultural, en los términos que la comunidad considere. La protección que brindó el Legislador a las comunidades indígenas eximiéndolos de cumplir con obligaciones militares, 'en todo tiempo' (Ley 48 de 1993, art. 27), en nada restringe o limita la autonomía y la libertad de todo joven indígena de ingresar voluntariamente a prestar el servicio militar. No obstante, como se indicó, sin desmedro de la libertad de cada uno de los jóvenes de la comunidad, si el Ejército Nacional va a reclutar un joven de una comunidad indígena, debe garantizarle a ésta la posibilidad de contar con una voz estructurada durante el proceso, tanto frente a los jóvenes como a la institución. La comunicación entre el joven indígena y su comunidad se debe respetar antes de la incorporación y durante la permanencia dentro de la institución castrense. Este espacio de diálogo, participación y comunicación, que se funda en el carácter democrático de un estado multiétnico y pluricultural, y en la especial protección constitucional de los derechos de las comunidades indígenas, considerados colectiva e individualmente, no constituye un permiso previo, ni una consulta, pero debe ser respetado por el Ejército Nacional, so

pena de desconocer los derechos colectivos de la comunidad indígena específica.

3.3. Con relación al segundo de los problemas jurídicos planteados, la Sala de Revisión considera que el Ejército Nacional sí desconoce la protección especial que la Constitución Política le concede a un joven indígena (a Servio Francisco Coral Ortega en este caso), al impedirle retirarse del Ejército (i) a pesar de que se constató su condición de indígena y (ii) a pesar de que voluntariamente ha manifestado no querer seguir prestando el servicio militar. La excepción etnocultural de prestar servicio militar fue concedida democráticamente por el legislador 'en todo tiempo', esto es, tanto en el momento en que el indígena no ha dado su consentimiento, como después, cuando el joven indígena lo ha manifestado. Desconocer el carácter voluntario del servicio militar de un indígena, pone en riesgo no sólo la protección constitucional especial que este tiene, sino la protección especial a la supervivencia de la comunidad.

Para exponer el fundamento constitucional de ambas decisiones, la Sala de Revisión señalará (i) que el derecho colectivo fundamental a la identidad cultural indígena es una garantía, de la comunidad y de cada uno de sus miembros, para poder actuar según su cosmovisión, dentro y fuera del territorio tradicional -apartado (4)-; (ii) que el orden constitucional vigente contempla la excepción por diversidad etnocultural en diversos ámbitos, entre ellos, respecto del servicio militar obligatorio -apartado (5)-; (iii) que la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real de la persona indígena -apartado (6)-; (iv) que las comunidades indígenas tienen el derecho constitucional de participar en las decisiones que las afecten -apartado (7)-; y (v) que un joven indígena tiene el derecho a incorporarse al Ejército Nacional a prestar servicio militar 'voluntario' y, por tanto, a desincorporarse cuando voluntariamente así lo decida; el consentimiento que el joven indígena otorgue, debe ser libre e informado -apartado (8)-. Finalmente analizará el caso concreto, indicando que Servio Francisco Coral Ortega tiene derecho a ingresar voluntariamente al Ejército Nacional y a retirarse de igual forma -apartado (9)-, y hará una breve alusión a la política pública del Ministerio de Defensa Nacional con relación al reclutamiento de indígenas para prestar servicio militar.

4. El derecho colectivo fundamental a la identidad cultural indígena es una garantía, de la comunidad y de cada uno de sus miembros, para poder actuar según su cosmovisión,

dentro y fuera del territorio tradicional

4.1. La Corte Constitucional ha reconocido a las comunidades indígenas los derechos fundamentales de los cuales ellas son titulares a partir del orden constitucional vigente. En el año 2005, con ocasión de la protección del derecho de representación política de indígena en un cargo de elección popular, la Corte Constitucional reseñó buena parte de la jurisprudencia constitucional al respecto, en los siguientes términos,

Los mencionados derechos han sido calificados como derechos de naturaleza colectiva que buscan proteger la identidad cultural de las comunidades indígenas configurándolas como sujetos de derechos fundamentales.”³⁶

4.2. El derecho a la identidad cultural, en tanto derecho fundamental,³⁷ está ligado a una ‘cosmovisión cultural’ antes que a un territorio específico. La Constitución Política garantiza a los miembros de las comunidades indígenas la posibilidad de actuar de acuerdo a su cosmovisión cultural, ‘dentro y fuera de sus territorios’. Dijo al respecto la Corte,

“El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios.

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la

diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación.” (acento fuera del texto original).³⁸

4.3. Ahora bien, aunque el derecho a la identidad cultural es un derecho del cual es titular la comunidad, este se protege tanto colectivamente como individualmente. La Corte Constitucional dijo al respecto lo siguiente en la sentencia T-778 de 2005,

“(…) el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural, una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad, ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.”

4.4. Así pues, como lo ha señalado la jurisprudencia citada, el derecho colectivo fundamental a la identidad cultural indígena garantiza (i) a la comunidad y (ii) a sus individuos (iii) la posibilidad de que actúen según su cosmovisión, (iv) dentro o fuera del territorio tradicional.

5. El orden constitucional vigente contempla la excepción por diversidad etnocultural en diversos ámbitos, entre ellos, respecto del servicio militar obligatorio

5.1. La jurisprudencia constitucional ha avalado y efectuado excepciones multiculturales a normas que rigen para la generalidad de los colombianos, las cuales

ha denominado 'excepción por diversidad etnocultural'.³⁹ Así lo ha hecho en materia carcelaria,⁴⁰ penal,⁴¹ o de representación política.⁴² Los criterios en los cuales se fundan tales excepciones son desarrollo de los mandatos constitucionales relativos a la identidad cultural de tales grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, a la garantía y al respeto de la cultura, las tradiciones y las costumbres de las comunidades indígenas y, en general, a la valoración de la importancia del principio de diversidad cultural. Lo anterior se sigue de los mandatos contemplados en los artículos 7 y 70 de la Constitución Política, es decir, al deber que tiene el Estado de reconocer y proteger la diversidad cultural y, adicionalmente, de promover los valores culturales que son fundamento de la nacionalidad.

5.2. Un ejemplo de excepción etnocultural es, precisamente, el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios y conserven su identidad cultural, social y económica, y que fue declarado constitucional en la sentencia C-058 de 1994.⁴³

5.2.1. Por medio de la Ley 48 de 1993, el Congreso de la República de Colombia reglamentó el servicio de 'reclutamiento y movilización' de personas por parte de la Fuerza Pública.⁴⁴ En esta Ley definió y precisó la obligación de todo colombiano de 'definir su situación militar',⁴⁵ lo cual puede conllevar, bien la prestación del servicio militar obligatorio,⁴⁶ o bien, el pago de la cuota de compensación militar.⁴⁷ No obstante, el Congreso también creó una exención 'en todo tiempo', tanto (i) para prestar el servicio militar, como (ii) para tener que pagar la cuota de compensación, a 'los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad, cultural, social y económica' (Ley 48 de 1993, art. 27, lit. b).⁴⁸

5.2.2. La Corte Constitucional consideró que era razonable constitucionalmente eximir a los miembros de las comunidades indígenas de la prestación del servicio militar obligatorio, por el impacto que el año de separación causaría en ellos.

"Ahora bien, el servicio militar obligatorio, al sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con sus deberes militares, puede constituir una

amenaza a la preservación de la existencia y la identidad de estos grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, por cuanto la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria. Era entonces razonable que el legislador eximiera a los indígenas de cumplir con el deber constitucional de prestar el servicio militar”.⁴⁹

Al respecto, los conceptos de expertos solicitados por la Sala Segunda de Revisión dentro del presente proceso, justifican por razones similares la excepción etnocultural para prestar el servicio militar (al respecto ver los apartados 7.4, 7.5 y 7.6 de los antecedentes de la presente sentencia).

5.2.3. Ahora bien, aunque la sentencia C-058 de 1994 avaló la constitucionalidad de la restricción de la excepción etnocultural para el servicio militar con relación al territorio, una lectura detallada de la sentencia, evidencia que el criterio material para aplicar dicha excepción es, ante todo, el ‘ser’ indígena y ‘vivir con’ indígenas y ‘como’ indígenas. Esto es, el hacer parte de la comunidad y preservarla. Dijo la Corte,

“(…) para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”.⁵⁰

5.2.4. Para la Corte no se trataba pues, simplemente, de que el indígena tuviera que vivir en otro lugar. De hecho una de las razones por las cuales la Corte entendió que no existía violación a la igualdad, era porque los dos casos regulados eran muy distintos. No eran diferencias de posición espacial y geográfica, sino realmente culturales. Dijo, por ejemplo,

“Los supuestos de hecho son distintos. En efecto, mientras que unos indígenas viven en su espacio y conforme a sus tradiciones y costumbres, los otros se han asimilado a la cultura dominante en Colombia.”

De hecho, la sentencia señaló expresamente que el requisito de permanencia en el territorio debe interpretarse 'ampliamente' no 'restrictivamente'; por lo cual se debe entender, por ejemplo, que la restricción no incluye los pueblos nómadas, que no tienen un lugar de asiento fijo, o aquellos pueblos que han sido forzados a abandonar sus territorios tradicionales. Al respecto, la sentencia en cuestión (C-058 de 1994) dijo lo siguiente,

“No ignora la Corte que algunas comunidades indígenas son nómadas o se desplazan por razones de subsistencia. Ello es un derecho constitucional, internacional y legal. Constitucional porque así lo disponen los artículos 16 y 24 precitados. Internacional porque el Convenio N° 169 de la O.I.T. protege los trabajadores estacionales inmigrantes. Y legal por que el Decreto 2117 de 1969, reglamentario de la Ley 135 de 1961 también consagra este derecho. Pero obsérvese que en cada uno de estos dos casos, una interpretación razonable de las normas conduce a las siguientes consideraciones:

- En cuanto a las comunidades nómadas: a estas organizaciones tribales no se les impide desplazarse con la norma revisada, ya que el artículo 24 superior les consagra el derecho de circulación. Tampoco se les afecta ningún derecho, porque si toda la comunidad se desplaza en conjunto de un territorio a otro, la norma debe entenderse en el sentido que el territorio de las comunidades indígenas antes citadas cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos nómadas históricamente ocupan o utilizan, al margen de lo que se considera comúnmente la civilización, en la que vive el resto de colombianos. En consecuencia, en este caso se estaría privando de la exención del servicio no cuando abandona un territorio determinado sino cuando se hace dejación del espacio histórico.

- En cuanto al desplazamiento por razones de subsistencia: se trata aquí de un caso que guarda diferencias y similitudes con el anterior. Aquí la comunidad sí tiene un territorio delimitado pero también tiene que desplazarse de manera colectiva con fines de caza, pesca y recolección de frutos. La Corte interpreta esta situación de la siguiente manera: en estos casos debe entenderse que esos espacios de subsistencia son también “territorios” de la comunidad indígena, para los solos efectos, y solamente para éstos, del artículo 27 de la Ley 48 de 1993.

Lo anterior muestra que el concepto de residencia en el territorio establecido como requisito para que opere la exención del artículo 27 debe ser interpretado de manera amplia y no restrictiva. En este sentido, la Corte considera aplicable a tal efecto la definición de “tierras” contenida en el artículo 13 del Convenio N° 169 de la O.I.T, ratificado por Colombia por la Ley 21 de 1991, puesto que éste, por ser un tratado de derechos humanos sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta (CP art 93). Dispone tal norma que el concepto de territorio ‘cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera’ (subrayado de la Corte).”

5.2.5. Así pues, no hay una relación absoluta e indispensable entre el factor territorial y la conservación de la cultura. El hecho de no residir en el territorio de la comunidad indígena no implica necesariamente, como lo indicó la Sala Plena de la Corte, la pérdida de los elementos distintivos del grupo étnico. El factor territorial no es, por tanto, condición necesaria para la pertenencia de la persona a una comunidad indígena. De hecho, el conflicto armado actual ha implicado el desplazamiento de una parte significativa de la población indígena, que se ve obligada a tratar de sobrevivir y preservar su identidad, en contextos territoriales distintos a los tradicionales.⁵¹ Un indígena que ha sido desplazado a la ciudad no pierde la protección que ofrece la excepción etnocultural referente al servicio militar obligatorio; por el contrario, en su caso se hace más urgente la protección constitucional que la de aquellas personas que permanecen en su territorio tradicional.

5.2.6. De acuerdo con las comunicaciones aportadas al expediente en el presente proceso, la Sala de Revisión constata que no es ajena al Ejército Nacional una interpretación amplia y acorde a la Constitución del criterio ‘territorial’, al aplicar la excepción etnocultural para el servicio militar obligatorio. En efecto, en la primera comunicación aportada al proceso por el Ministerio de Defensa se sostiene que la Dirección de Reclutamiento cumple cabalmente la legislación vigente, aclarando, sin embargo, que “(...) se han analizado casos concretos de solicitudes de desacuartelamiento indígenas que a pesar de no residir en su territorio, conservan su identidad cultural, accediendo a ello”.⁵²

5.2.7. Ahora bien, aceptar que la identidad indígena no está ligada de manera esencial

al territorio ha llevado a la jurisprudencia constitucional a plantear el problema de cómo puede determinarse la condición de indígena de una persona, para así poder establecer si tiene o no derecho a las protecciones constitucionales especiales que se reconocen en un estado pluriétnico y multicultural como el consagrado por la Constitución Política de 1991. A continuación, pasa la Corte a presentar lo que ha señalado esta Corporación al respecto, en casos anteriores.

6.1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ‘la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad.’ Así lo consideró la Corte Constitucional en un caso en el cual se planteó específicamente esta situación.

6.2. En efecto, en la sentencia T-703 de 2008, la Corte Constitucional estudió la acción de tutela de una persona en contra de la Universidad del Valle, por considerar que esta entidad educativa había desconocido sus derechos de protección especial como persona indígena (de la comunidad Tacueyó, asentada en el municipio de Toribio), al haberse negado a recibirlo como estudiante de ingeniería electrónica, en uno de los cupos establecidos reglamentariamente para miembros de comunidades indígenas. A pesar de que la persona algaba conservar la identidad, usos y costumbres propios de su comunidad, la Universidad se había negado a admitirlo por considerar que no estaba acreditaba plenamente su condición de indígena, en tanto no aparecía registrado en el censo que lleva la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia. La Corte resolvió tutelar los derechos del estudiante indígena, por considerar que dentro del proceso se había aportado pruebas suficientes para acreditar su ‘identidad cultural real’.⁵³

6.3. Así pues, de acuerdo con la jurisprudencia citada,⁵⁴ para establecer la condición de indígena de una persona pueden ser aplicados diversos mecanismos, como por ejemplo (i) ‘las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo’; (ii) ‘las certificaciones del censo interno que, de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, debe llevar cada comunidad’; (iii) ‘estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto’; entre otros. No obstante, la Corte

Constitucional precisó que ‘dentro de dichos mecanismos deben tener mayor peso los que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades como la inscripción en un determinado censo, que puede estar desactualizado o contener errores.’

6.4. Específicamente, siguiendo la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad,⁵⁵ la jurisprudencia constitucional ha reconocido el derecho de las comunidades a ‘(i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; (ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros’.⁵⁶

6.5. La condición de ser un indígena que conserva su ‘integridad cultural, social y económica’ es algo que ha de valorarse en el contexto específico de cada cultura y cada caso particular. No obstante, cuando una persona sea presentada por las autoridades tradicionales indígenas como alguien que pertenece a la comunidad debe presumirse y considerarse que conserva su identidad cultural. Cuando las autoridades tradicionales se han manifestado, no es la persona indígena la llamada a seguir probando su ‘autenticidad’ o ‘pureza cultural’. Por el contrario, corresponde a quienes no consideren cierta tal manifestación demostrar que la persona en cuestión no conserva su identidad cultural.

Ahora bien, como lo han señalado los conceptos antropológicos aportados al proceso, establecer que alguien se ha alejado de su comunidad y ya no comparte su cosmovisión, es un hecho complejo de demostrar y que debe tener en cuenta las especificidades del pueblo indígena del que se trate, así como su historia y su desarrollo actual. No prueba nada, por tanto, demostrar que un joven se viste como ‘occidental’, que obtuvo ‘el grado de bachiller’ o que se encuentra estudiando una carrera en una Universidad ubicada en la capital del departamento o de la nación. Ninguno de estos hechos, autónomamente, prueba algo con respecto a la condición de indígena de una persona.

6.6. Ahora bien, lo dicho hasta entonces implica también, en el contexto del reclutamiento para prestar servicio militar, que las autoridades militares responsables del reclutamiento valoren especialmente las reales condiciones de una persona. Así pues, incluso cuando un joven no haga referencia a su condición indígena, o simplemente la

niegue por temor a ser discriminado, si existen criterios claros y objetivos para pensar que el joven sí pertenece a una comunidad indígena, es deber del Ejército Nacional adoptar las medidas adecuadas y necesarias para esclarecer su identidad. No hacerlo, puede implicar que el Ejército viole el derecho a la vida de una comunidad indígena, especialmente para comunidades en riesgo de extinción.

Definida la cuestión de cómo ha de establecerse la condición de indígena de una persona, pasa la Sala a valorar el lugar de la comunidad indígena dentro del proceso de incorporación de jóvenes indígenas al Ejército Nacional y el lugar de los jóvenes indígenas en dicho proceso.

7. Las comunidades indígenas tienen el derecho constitucional de participar en las decisiones que las afecten

7.1. Teniendo en cuenta que el derecho fundamental a la identidad cultural de las comunidades indígenas contempla, entre otras garantías específicas, la posibilidad de participar en las decisiones que las afecten, es claro para esta Sala de Revisión que las políticas que se adelanten en materia de reclutamiento y afecten a los miembros de una comunidad indígena, deben definirse e implementarse concediendo espacios de participación a la comunidad.

7.2. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la Constitución consagra un principio de autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, entendido como una “capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, [que] puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley (C.P., artículos 246 y 330)”.⁵⁷ Por tanto, de acuerdo con la Constitución y con el Convenio 169 de la OIT, que forma parte del bloque de constitucionalidad,⁵⁸ para las autoridades colombianas existe ‘la obligación de adelantar medidas tendientes a garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad’.⁵⁹

7.3. Surge entonces una cuestión jurídica. ¿Está contemplada dentro de los asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad indígena, el reclutamiento de los jóvenes que forman parte de ella? Para resolverla, es preciso tener en cuenta lo estipulado

en democracia por el Congreso de la República sobre esta materia, así como las recomendaciones que a la luz de las normas internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, han dado las autoridades competentes.

7.3.1. Como se indicó previamente, el Congreso de la República, en desarrollo del orden constitucional vigente en Colombia, consagró la excepción etnocultural para el servicio militar obligatorio (ver apartado 5.2 de las consideraciones de la presente sentencia). La exclusión de la población indígena de la obligación de participar en el proyecto militar de la nación es pues, categórica. El Congreso de la República fue claro en señalar que a los indígenas se les exime, ‘en todo tiempo’, tanto de la prestación del servicio militar, como del pago de la cuota de compensación militar.

7.3.2. Internacionalmente, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, incluyó dentro de sus recomendaciones específicas a Colombia en 2006 el asunto objeto de debate en la presente tutela. El Relator recomendó, entre otras cosas, (i) mantener la excepción etnocultural para el servicio militar obligatorio que legalmente se ha reconocido a los indígenas; (ii) no cambiar esta política legislativa y (iii) no establecer programas, y cerrar los que existan, que contraríen la política actualmente vigente.” Concretamente señaló,

“II. PRINCIPALES RECOMENDACIONES DE LAS VISITAS A LOS PAÍSES DEL RELATOR ESPECIAL

En su informe el Relator Especial recomienda:

[...]

e) Visita a Colombia

79. Servicio militar. Los indígenas deberán continuar excluidos del proyecto de ley sobre servicio militar obligatorio. El Congreso Nacional no deberá aprobar ley alguna que limite y restrinja la autonomía y las libertades de las organizaciones no gubernamentales, sociales y de derechos humanos. Programas como la red de informantes, los soldados campesinos y “soldados por un día”, para niños y jóvenes,

deberán ser cancelados.”⁶⁰

7.4. Es claro para la Sala, que la exclusión de las comunidades indígenas del proyecto de servicio militar obligatorio, no sólo de su prestación, sino también de la exoneración del pago de la compensación, en caso de no prestarlo, implica que la existencia de cualquier programa de la administración o política pública orientada en el sentido de contravenir, es sin lugar a dudas, de la incumbencia de las comunidades. Por tanto, claramente es una de aquellos ámbitos en los cuáles el Estado deberá reconocer el derecho de autogobierno de las comunidades indígenas. El Ejército Nacional, no puede entonces adelantar el reclutamiento de jóvenes de una comunidad indígena, sin adoptar las medidas adecuadas y necesarias para establecer una comunicación con las autoridades reconocidas de la comunidad.

7.5. De hecho, las directrices del Ministerio de la Defensa Nacional aportadas al proceso por el propio Ministerio coinciden con este mandato constitucional –ver apartado (7.3.) de los antecedentes de la presente sentencia–.⁶¹ Son categóricas en demandar el pleno respeto a las comunidades indígenas, en especial a la posibilidad de seguir existiendo. Por eso, en virtud de las directrices del Ministerio en la materia, la Fuerza Pública debe tener en cuenta, entre otras cosas, (i) la fragilidad de las comunidades indígenas y sus especiales derechos de supervivencia colectiva; (ii) deben buscar ‘acuerdos y acercamientos a las comunidades’ en pro de su beneficio; y (iii) fomentar ‘espacios de diálogo’ con las autoridades indígenas tradicionales; y no hacer redadas o jornadas especiales de definición militar para incorporar indígenas desconociendo estos tres elementos. Todos estos mandatos han sido contemplados y ordenados expresamente por el Ministerio de Defensa Nacional.⁶²

7.6. Por tanto, se reitera, si el Ejército va a reclutar miembros de una comunidad indígena, debe garantizarle a ésta la posibilidad de contar con una voz estructurada frente a los jóvenes, antes de que éstos tomen la decisión de incorporarse. Las comunidades indígenas deben contar por tanto, con la posibilidad de que la comunidad haya tenido la oportunidad de manifestar, tanto al joven que va a ingresar al Ejército, como a la institución castrense, el impacto que tal reclutamiento conlleva para la supervivencia colectiva y cultural de la comunidad.

7.7. Ahora bien, como bien lo menciona la ONIC y los antropólogos que participaron dentro del proceso, los pueblos indígenas no tienen una característica esencial y distintiva común que pueda permitir establecer, a priori, si una comunidad indígena específica desea emplear el espacio de participación o no, y, en caso de usarlo, cómo lo haría. Establecer cómo es el proceso de diálogo, si es que se crea, entre los miembros de la misma comunidad, sus autoridades tradicionales y los jóvenes, es competencia y facultad de la propia comunidad. No puede la Corte Constitucional ni el Ejército Nacional previamente, y de manera general, establecer cuál ha de ser el proceso de comunicación y participación de cada comunidad. Esto se ha de establecer, precisamente, en la aproximación y relación con cada una de las comunidades indígenas.

7.8. Pueden concluirse entonces, algunos aspectos que la relación entre el Ejército Nacional y las comunidades indígenas deben respetar, a la luz de la Constitución, para asegurarles una voz estructurada dentro del proceso de reclutamiento de cualquiera de sus jóvenes.

[1] El espacio de diálogo que se entable debe ser real y acorde con la comunidad indígena específica. No es aceptable, por ejemplo, que se presenten como diálogos, encuentros informales u ocasionales en los que la comunidad indígena no estaba prevenida con relación al tema que se iba a tratar. Tampoco es aceptable que se considere que se brindó a una comunidad una oportunidad de diálogo, si se le propuso en condiciones tales, que no se pueda dar, por cuanto se desconocieron los tiempos y usos propios de la comunidad, para reflexionar y decidir cómo actuar.

[2] La comunidad debe tener la oportunidad poder dialogar, tanto con el joven indígena que voluntariamente desea ingresar al Ejército Nacional, como con la institución, acerca del impacto del reclutamiento. La comunidad debe contar con la posibilidad de dialogar y reflexionar con sus jóvenes y con el Ejército, en los términos que la comunidad considere pertinentes, acerca del impacto que el reclutamiento de sus varones conlleva para la vida de la comunidad. Deberá considerarse especialmente, lo que las comunidades indígenas puedan señalar con relación a los riesgos que representa el hecho de que los jóvenes que libre y autónomamente deseen ingresar al Ejército, presten el servicio militar en los territorios a los cuales ellos pertenecen. La supervivencia de la comunidad es un factor determinante para valorar la razonabilidad de dichas políticas.

[3] Para la comunidad, emplear su espacio de diálogo es una opción, no una obligación. Las comunidades indígenas son libres y autónomas para adelantar el diálogo con el Ejército y con los jóvenes de su comunidad o para no hacerlo. Es una opción que debe poder tener la comunidad y que es su decisión emplear o no.

[4] El diálogo debe ser permanente y continuo. El espacio de diálogo debe darse antes de la incorporación de los jóvenes indígenas y durante su permanencia en la institución castrense. La comunidad debe poder manifestarse antes de que el consentimiento de los jóvenes se entienda informado y plenamente otorgado. Pero además, es un proceso que debe poder continuar durante la prestación del servicio. La comunidad indígena debe poder mantener un vínculo estrecho y de diálogo y reflexión con sus miembros mientras se encuentran en las filas, si así lo considera necesario para garantizar su supervivencia cultural.

En todo caso, es importante señalar que el espacio de diálogo que debe darse con las comunidades no constituye un permiso ni una autorización, así como tampoco una consulta previa.

7.9. Ahora bien, el hecho de que los indígenas estén excluido del proyecto de servicio militar obligatorio, no quiere decir, que toda persona indígena está excluida del proyecto militar de la Nación. De hecho, ninguna comunidad indígena está excluida, por definición, de tener una relación estrecha con las Fuerzas Armadas, o de participar activamente en el Ejército. Se trata de cuestiones que competen a las comunidades indígenas, consideradas colectivamente e individualmente. Es una cuestión que deberán resolver y definir en su devenir como pueblo, en ejercicio de sus derechos de autogobierno. De hecho, la jurisprudencia constitucional ha protegido los derechos de toda persona indígena que hace parte de la institución castrense a permanecer en ella cuando así lo desea, y a no ser discriminado. En la sentencia T-215 de 2005, por ejemplo, la Corte Constitucional decidió que la Policía Nacional discriminó a un indígena Wayuu -cuyo idioma materno es el wuayunaki- al impedirle el acceso al curso de oficiales convocado por la Escuela de Policía General Santander, debido a que al expresarse incurría en rotacismo - dificultad de la pronunciación de la letra 'R' -, lo cual, señaló la Sala, no era una razón válida para impedirle su ingreso al curso. Ratificando la decisión de instancia, la Sala consideró que "al rechazarse la admisión del actor por

no pronunciar correctamente los mencionados fonemas de la lengua española, se están estableciendo requisitos que no prevén ni la ley, ni el reglamento. La escuela de policía excedió, a juicio del Tribunal, sus facultades creando trabas para el ejercicio de un derecho o actividad”.⁶³

No obstante, la posibilidad de que un indígena, de forma individual, en ejercicio de sus libertades, decida incorporarse al ejército, no crea la obligación legal de prestar servicio militar, de la cual los indígenas se encuentran excluidos, en todo tiempo. Pasa la Sala a analizar esta cuestión.

8. Un joven indígena tiene el derecho a incorporarse al Ejército Nacional a prestar servicio militar ‘voluntario’ y, por tanto, a desincorporarse cuando voluntariamente así lo decida; el consentimiento que el joven indígena otorgue, debe ser libre e informado

8.1. Como se indicó previamente, la excepción etnocultural respecto del servicio militar obligatorio, es un desarrollo del derecho fundamental de identidad cultural, del cual es titular la comunidad indígena como colectivo. Es pues, una excepción orientada a proteger a la comunidad, pero a la vez protege a sus miembros, específicamente a los jóvenes que en principio deberían prestar servicio militar de acuerdo a la Constitución y la ley.

8.2. Ahora bien, el hecho de que no se tenga la obligación de prestar servicio militar, no impide que un joven indígena voluntariamente, en libre ejercicio de su autonomía, decida ingresar al Ejército a prestar servicio. De hecho, podrían incluso las autoridades tradicionales considerar improcedente que cualquiera de los jóvenes de la comunidad ingresara al Ejército, y tomar medidas en tal sentido, que, en todo caso, los jóvenes mantendrían su derecho de ingresar libre y voluntariamente a formar parte de la institución castrense.⁶⁴

8.3. Cuando un indígena decide prestar servicio, no por ese hecho adquiere ‘la obligación de prestarlo’. En otras palabras, cuando un indígena decide ingresar al Ejército Nacional a prestar servicio, y es aceptado por la institución, se trata de un servicio militar ‘voluntario’, no ‘obligatorio’. En todo caso, como la afectación y el impacto que podría recibir el soldado indígena es significativo, así haya sido

su deseo y voluntad ingresar a la institución, él conserva el derecho para, en cualquier momento, dejar de tener la voluntad de querer seguir prestando el servicio militar, en tanto no es para él una obligación permanecer allí. Como se señaló, la excepción etnocultural establecida en este ámbito por el Congreso es categórica, 'en todo tiempo'. Esto incluye, tanto el tiempo anterior a que un indígena voluntariamente ingrese al Ejército, como el tiempo posterior a dicha declaración. La única fuente de permanencia en el Ejército es, por tanto, la libre voluntad de la persona.

8.4. Así pues, el Ejército Nacional puede aceptar la incorporación de un joven indígena al servicio militar, si éste voluntaria, libre y autónomamente así lo decide. Ahora bien, tal decisión no implica que desaparece la excepción etnocultural, ni tampoco deroga o resta vigencia al artículo 27 de la Ley 48 de 1993. En otras palabras, el deseo de ingreso voluntario no crea en cabeza los jóvenes indígenas una obligación legal de prestar el servicio militar. En tal sentido, el efecto jurídico de recibir al Ejército una persona que por ley, carece de la obligación de prestar servicio, es pues, que esta puede arrepentirse. La única persona en capacidad de valorar el impacto que la experiencia del Ejército representa para él, es el propio joven indígena. Ni los miembros de la institución, ni los miembros de la comunidad que no se encuentran prestando servicio tienen la capacidad real para medir y dimensionar el impacto, que de antemano se sabe, de acuerdo con los conceptos técnicos rendidos en el proceso, puede llegar a ser traumático.

8.5. En todo caso, la manifestación de voluntad que el joven indígena realice, debe ser producto de un consentimiento informado. No basta pues con que se le pregunte a una persona si es o no indígena, y si lo es, advertirle que él está exento de la obligación de prestar el servicio militar, pero que voluntariamente puede hacerlo. Debe indicársele al joven que la decisión legal de excluirlo del servicio militar es una protección a él, pero también a la supervivencia de su comunidad. Debe permitirse también, la posibilidad de que el joven dialogue y reflexione con su comunidad al respecto, antes de dar definitivamente su decisión de incorporarse al Ejército.

Como se indicó previamente, la condición de indígena de una persona, depende de la realidad material, no de formalidades o apariencias. En tal sentido, incluso en aquellos casos en los cuales una persona niegue su condición de indígena, pero los funcionarios de reclutamiento cuenten con elementos claros y objetivos para considerar

que sí lo es, el Ejército debe tomar medidas de precaución para asegurarse de que esa persona no es un indígena, y que si lo es, se adopten las medidas adecuadas para que otorgue su consentimiento informado en los términos señalados. Dejar de tomar estas medidas de precaución, puede implicar la violación del derecho a la vida de una comunidad indígena.

Pasa entonces la Sala a analizar el caso objeto de revisión dentro del presente proceso de acción de tutela.

9. Servio Francisco Coral Ortega tiene derecho a ingresar voluntariamente al Ejército Nacional y a retirarse de igual forma

9.1. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, para la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, el Ejército Nacional no violó el derecho de protección especial de Servio Francisco Coral Ortega a no prestar servicio militar obligatorio, por haber permitido que el joven indígena voluntariamente se incorporara a las filas del Ejército. La protección que brindó el Legislador a las comunidades indígenas del país en la ley de reclutamiento (Ley 48 de 1993, art. 27), exceptuándolos de prestar el servicio militar obligatorio, en nada restringe o limita la autonomía y la libertad de todo joven indígena de ingresar voluntariamente a prestar el servicio militar.

9.1.1. La Sala considera que en razón a los pocos elementos probatorios con los que se cuenta en el proceso para establecer las condiciones específicas en las que se llevo a cabo el reclutamiento del joven indígena; presumiendo la buena fe del Ejército Nacional en sus actuaciones con relación a las comunidades indígenas; y considerando que en el caso concreto ya fueron adoptadas medidas específicas que ponen a salvo los derechos del joven indígena y de su comunidad, la Sala considera que no es menester entrar a valorar las condiciones específicas en las que se otorgó el consentimiento. Si bien hay evidencia de que no se informó amplia y profundamente a Servio Francisco Coral Ortega de sus derechos como indígena, no existe evidencia de que la decisión de ingresar a la institución castrense hubiese sido forzada.

9.1.2. También tiene en cuenta la Sala para tomar esta decisión, que el hijo de la accionante nunca mencionó su condición de indígena al momento del reclutamiento. La Sala advierte que en la presente sentencia se ha señalado el alto grado de precaución

que las autoridades encargadas del reclutamiento deben tener para con los jóvenes indígenas, incluso si éstos niegan su condición de tales. No obstante, se trata de precisiones jurisprudenciales establecidas en la presente decisión judicial y que, por tanto, se deberán exigir estrictamente de ahora en adelante. Por tanto, no entra la Sala en esta oportunidad a establecer si el Ejército Nacional contaba o no en el caso concreto con elementos claros y objetivos que le hubiesen implicado el deber de esclarecer la identidad del Servio Francisco Coral Ortega para determinar su condición indígena.

9.2. Pero por otro lado, la Sala de Revisión considera que el Ejército Nacional sí desconoce la protección especial que la Constitución Política le concede a Servio Francisco Coral Ortega, al impedirle retirarse del Ejército (i) a pesar de que se constató su condición de indígena -la autoridades del Cabildo así lo reconocieron- y (ii) a pesar de que voluntariamente ha manifestado no querer seguir prestando el servicio militar. En la medida que el joven Coral Ortega no tiene la obligación de prestar servicio, debe entenderse que el ser encuentra prestando un servicio militar 'voluntario', y en tal sentido, basta con que sea su voluntad retirarse del servicio para que pueda hacerlo.

Reitera la Sala además, que en el caso de la referencia es claro que correspondía al Ejército demostrar que el joven Servio Francisco Coral Ortega, material y realmente, había dejado de ser miembro de la comunidad indígena, en la cual las autoridades tradicionales lo reconocen como miembro. De acuerdo con las reglas jurisprudenciales anteriormente señaladas, el reconocimiento por parte de las autoridades tradicionales de la pertenencia del joven a la comunidad indígena de Túquerres, es suficiente para demostrar su condición. El Ejército Nacional no aporta pruebas que puedan controvertir la declaración de las autoridades tradicionales, la cual se expide, como se indicó previamente, en virtud del derecho a identificar a sus propios miembros como forma de autogobierno.

El Ejército Nacional violó, por tanto, la protección especial al joven Coral Ortega de estar exento de la obligación de prestar servicio militar, y con ello, también desconoció el derecho a la vida de la comunidad indígena a la cual pertenece.

9.3. Ahora bien, en el caso concreto, debido a que ya se había adoptado la orden de

desacuartelar al hijo de la accionante, como medida cautelar, no tendrá la Sala que impartir órdenes específicas adicionales con relación al joven Coral Ortega. Al respecto, tan sólo dejará en firme la medida cautelar adoptada.

9.4. En consecuencia, la Sala Segunda de Revisión dejará en firme la medida cautelar mediante al cual se le ordenó al Ejército que se abstuviera de incorporar al joven Coral Ortega; se le ordenará al Ejército Nacional que de ahora en adelante respete cabalmente la excepción etnocultural a prestar servicio militar y le informe claramente a los indígenas que voluntariamente deseen ingresar a prestarlo, que no tienen la obligación de permanecer en la institución por cuanto es un servicio voluntario y, por tanto, cuando libre y autónomamente lo decidan, pueden retirarse. También se ordenará que se garantice a las comunidades indígenas la posibilidad de emplear un espacio de diálogo y reflexión en los términos señalados en el apartado (7.8.) de las consideraciones de la presente sentencia, que le permita tener una voz estructurada dentro del proceso de reclutamiento de sus jóvenes, en los casos en los que voluntariamente ellos deseen ingresar a prestar servicio. Finalmente se remitirá copia de la presente sentencia a las partes del proceso y al Ministerio del Interior, a la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación y a la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC.

10. Comentario con relación a la política pública del Ejército Nacional en materia de reclutamiento de indígenas

10.1. La política pública que ha formulado el Ejército Nacional en sus documentos oficiales es sensible a los derechos de los pueblos indígenas y es respetuosa de la Constitución Política vigente y del orden pluriétnico y multicultural que ella contempla. Pero una política pública no es el conjunto de promesas y de directrices que una autoridad pública formula en un texto. Una política pública la constituye el conjunto de acciones y omisiones de una autoridad sobre una cuestión. En tal sentido, la política del Ejército Nacional en materia de reclutamiento de poblaciones indígenas no la constituye un texto o un documento, sin importar cuál sea este, sino lo que en la realidad hace y deja de hacer la institución castrense a través de sus distintos miembros, en materia de reclutamiento de jóvenes indígenas. De hecho, la política pública formulada en los textos oficiales del Ministerio de Defensa aportados al proceso y que actualmente se está comenzando a

implementar, busca cambiar y reorientar la política pública que al respecto venía implementando la administración pública. Se trata pues, de una dimensión prestacional de un derecho fundamental de libertad. En efecto, la posibilidad de garantizar la libertad de los jóvenes indígenas a no ingresar al Ejército Nacional, supone adoptar medidas adecuadas y necesarias, que logren transformar las estructuras institucionales militares y policiales actuales, de forma tal, que se asegure que las acciones, procedimientos y actitudes de sus miembros serán respetuosas de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas. El goce efectivo de estas libertades, y en concreto de la excepción etnocultural para el servicio militar, dependen por tanto, de que el Estado adelante actuaciones positivas que demandan recursos materiales y humanos.⁶⁵

10.3. La Sala de Revisión celebra el nuevo rumbo que se ha dado a la cuestión del reclutamiento de indígenas, ajustándose a la Constitución y a la Ley. Por lo cual, se ordenará al Ministerio de la Defensa Nacional a que adopte las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la cabal implementación de la política pública actualmente formulada y garantizar así, el goce efectivo de los derechos a las comunidades indígenas, en lo que al servicio militar obligatorio se refiere. En especial, como se dijo previamente, a que se adopten las medidas adecuadas y necesarias para que de ahora en adelante se le informe claramente a los jóvenes indígenas que voluntariamente deseen ingresar a prestar servicio en las Fuerzas Armadas, que ellos no tienen la obligación legal de permanecer en la institución militar y, por tanto, 'en todo tiempo', cuando libre, voluntaria y autónomamente lo decidan, pueden retirarse.

11. Conclusión

En conclusión, [1] los familiares de un joven indígena, o los designados por la comunidad para el efecto, están legitimados para defender sus derechos fundamentales frente al Ejército Nacional.

[2] Existe una excepción etnocultural para el servicio militar obligatorio de indígenas 'en todo tiempo', tanto (i) para prestar el servicio, como (ii) para tener que pagar la cuota de compensación, a 'los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad, cultural, social y económica' (Ley 48 de 1993, art. 27, lit. b).

[3] El hecho de que una persona indígena no tenga la obligación de prestar servicio militar, no impide que voluntariamente, en libre ejercicio de su autonomía, decida ingresar al Ejército a prestar servicio militar 'voluntario'.

[4] En ejercicio de la excepción etnocultural para el servicio militar obligatorio indígena, un joven indígena que haya ingresado voluntariamente a prestar servicio en el Ejército o en la Policía, conserva su derecho para voluntariamente retirarse de la institución 'en todo tiempo'.

[5] Las comunidades tienen el derecho de participar en el proceso de incorporación voluntaria de cualquiera de sus jóvenes, para lo cual deben poder contar con un espacio de diálogo y reflexión previo y permanente, en los términos señalados en el apartado (7.8.) de las consideraciones de la presente sentencia, para así tener una voz estructurada dentro de tales procesos de reclutamiento.

Y, finalmente, [6] las comunidades tienen el derecho de identificar a sus propios miembros; desconocer por tanto, una declaración en tal sentido supone implica violar el derecho de autogobierno y autonomía de la comunidad, y en el caso de reclutamientos, puede implicar también una violación a su derecho a la vida.

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- Revocar la sentencia del 7 de diciembre de 2005, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, proferida dentro del proceso de la referencia, y en su lugar, tutelar los derechos a la autonomía, a la libertad de Servio Francisco Coral Ortega, así como los derechos a la vida y la autonomía de la comunidad indígena a la cual pertenece (Cabildo Indígena de Ipiales).

Tercero.- Dejar en firme la medida cautelar adoptada en Auto de mayo 22 de 2006, dentro del proceso de la referencia, mediante la cual se ordenó al Comandante del Grupo

Mecanizado N°3 Cabal de Ipiales, Nariño, del Ejército Nacional y al Comandante del Batallón de Infantería N° 9 Batalla de Boyacá del Ejército Nacional que se abstengan de reincorporar al joven Servio Francisco Coral Ortega al servicio militar.

Cuarto.- Ordenar al Ministerio de Defensa Nacional y al Ejército Nacional que adopten las medidas adecuadas y necesarias para asegurar la cabal implementación de la política pública actualmente formulada sobre reclutamiento de indígenas y garantizar así, el goce efectivo de los derechos a las comunidades y sus miembros, en lo que al servicio militar obligatorio se refiere. En especial, que se adopten las medidas adecuadas y necesarias

[ii] para que la comunidad pueda emplear un espacio de diálogo y reflexión previo y permanente, en los términos señalados en el apartado (7.8.) de las consideraciones de la presente sentencia, que le permita tener una voz estructurada dentro del proceso de reclutamiento de sus jóvenes, en los casos en los que voluntariamente ellos deseen ingresar a prestar servicio.

Quinto.- Remitir copia de la presente sentencia, por intermedio de Secretaría General, al Ministerio del Interior, a la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, a la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC y a los Departamentos de Antropología de las Universidades Javeriana, de Los Andes y Nacional de Colombia.

Sexto.- La Sala Civil del Tribunal Superior de Bucaramanga notificará esta sentencia dentro del término de cinco días después de haber recibido la comunicación, de conformidad con el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Séptimo.- Líbrese por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA ELENA REALES GUTIERREZ

Magistrada (E)

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

1 Al expediente se aportó copia de la certificación expedida por el Resguardo indígena respectivo, así como también, copia del diploma de bachiller obtenido en el Instituto Teresiano de la ciudad de Túquerres.

2 Documento presentado el 4 de octubre de 2005 al proceso, por el Teniente Coronel Luis Felipe Montoya Sánchez, Comandante del Grupo Mecanizado # 3, Cabal de Ipiales.

3 Documento presentado el 5 de octubre de 2005 al proceso, por el Mayor Antonio Solis Toro, Comandante (e) Batallón de infantería # 9, Batalla de Boyacá.

4 Magistrado ponente, José Gabriel Santacruz Miranda.

5 Consejera ponente, Ligia López Díaz.

6 Integrada por los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra y Manuel José Cepeda Espinosa.

7 En esta carta, el Gobernador del Cabildo Indígena de Ipiales relató los siguientes hechos: “En el año 2005, en presencia del señor Comandante del Distrito Militar N° 21 de Ipiales, Capitán Juan Carlos López A. se llevó a cabo una reunión con los miembros del Cabildo Indígena de Ipiales, la Comunidad y los jóvenes indígenas de nuestro Resguardo, con el fin de discutir los derechos constitucionales y legales que como indígenas nos ampara, entre ellos, la exoneración del servicio militar obligatorio, derecho contemplado en el literal b del artículo 27, Título III de la Ley 48 de 1993; en aquella oportunidad el señor comandante del Distrito recalcó el respeto por nuestros derechos, y ante todo, manifestó su rotunda colaboración a fin de que nuestro jóvenes indígenas pudieran acceder a su libreta militar a través de las jornadas especiales de exoneración que se adelanta para todo el pueblo indígena de pasto. || 2. A finales del año 2005 y comienzos del 2006, el Ejército Nacional y particularmente la Unidad Militar, Grupo N° 3

Cabal, acantonada en Ipiales, adelantó acciones de reclutamiento en el casco urbano y en la parte rural de Ipiales, sin tener en cuenta que la ciudad como tal se encuentra dentro del Territorio Indígena del Resguardo de Ipiales, reclutando jóvenes indígenas sin importarles su especial condición. || 3. En las acciones de reclutamiento fueron incorporados los jóvenes indígenas Danny Daniel Rosero Yama, (...) y Luis Herlinton Pinchao Tenganan, (...) éste último con responsabilidades de padre de una menor y conviviente con una comunera indígena, quien en el momento se encuentra en total desprotección; esto, sin contar con los múltiples reclamos de jóvenes que afortunadamente fueron sacados de filas a través de solicitudes verbales y escritas presentadas ante el Distrito Militar N° 21. || 4. La actitud asumida por parte de los representantes del Ejército en definir la situación militar deja mucho que decir, ante todo, si se tiene en cuenta que comunidades indígenas estamos amparados por Leyes vigentes como la Ley 48 de 1993 y la Ley 21 de 1991.”

8 En la primera de las declaraciones aportadas, el indígena Luis Herminton Pinchao Tenganan afirmó lo siguiente: “(...) Señor Notario, el motivo por el cual rindo esta declaración extraproceso es con el fin de manifestar bajo la gravedad del juramento lo siguiente: que fui incorporado al Ejército Nacional de Colombia como soldado regular para prestar el servicio militar en Orito (Putumayo), manifiesto que pertenezco al Cabildo de Indígenas de Ipiales, (Nar), y que en el momento de mi ingreso al ejército fui obligado a firmar los documentos referentes al acta de compromiso. Yo simplemente firmé este documento y ellos se encargaron de llenar todos los datos que aparecían en el mismo, por lo tanto en este documento figuraba que yo no pertenecía a ningún Cabildo Indígena, que no tenía hijos y demás afirmaciones que no eran ciertas, ya que como manifesté anteriormente fui obligado a firmar con maltratos físicos y verbales por parte del Sargento viceprimero Cortez Alarcón Germán, en presencia del Cabo tercero Cortez Suaza Alvaro; asimismo puedo manifestar que el Cabildo de Indígenas de Ipiales (...) hicieron una petición ante la unidad militar de Villagarzón con copia al Coronel José Fabián Rojas Leal, comandante del Batallón Energético Vial BAET 9 de Orito, Putumayo (...) pero hasta la fecha no se ha recibido ninguna respuesta por parte de ellos. (...)”. La otra declaración juramentada, afirmando básicamente los mismos hechos, fue realizada por el indígena Danny Daniel Rosero Yama.

9 Aparte de mencionar la Ley 89 de 1890, que en su artículo 2° advierte que la

Legislación Indígena Nacional tiene el carácter de especial en relación con la Legislación general de la República, entre otras disposiciones normativas y decisiones judiciales, la ONIC resalta lo siguiente: “Según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Carta Política, además de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, reservó a favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de su integridad cultural, social y económica, como son: su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable y de los distritos y los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios y los distritos y los propios departamentos. (...)”

10 Finalmente, la ONIC advierte que las formas de autonomía indígena son varias: política; jurídica o normativa; financiera; administrativa; fiscal.

11 La abogada Sonia Clemencia Uribe Rodríguez.

12 Los tres puntos citados como parte de la Circular, pero que no se encuentran explícitamente mencionados en ella son: “(i) Realizar consejos de seguridad indígena con participación de autoridades indígenas, civiles y de la Fuerza Pública, en los cuales se pretende crear espacios de diálogo que permitan detectar y plantear soluciones a los problemas de seguridad más apremiantes de la comunidad; (ii) Incorporación de indígenas al programa de soldados campesinos, que sea de firma voluntaria y no mediante redadas o jornadas especiales de definición de situación militar; y (iii) Tener en cuenta que las Comunidades Indígenas del país constituyen un grupo vulnerable frente a las pretensiones terroristas de los grupos armados ilegales y que gozan de un marco normativo especial de origen constitucional que busca garantizar su supervivencia como colectividades.”

13 Número escrito a mano, parcialmente ilegible.

14 Se subraya lo que estaba escrito a mano en el documento.

15 Magistrada ponente, Beatriz Ariza de Zapata.

16 El Tribunal Administrativo de Cundinamarca presentó su posición en los siguientes

términos: “(...) ni la Constitución, ni la ley han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. || En conclusión al punto, no se puede afirmar que en el proceso de incorporación voluntaria de miembros de comunidades indígenas como soldados campesinos se deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba que ha sido objeto de estudio por parte de la Corte constitucional. || Por tanto, mal haría la Sala en echar de menos, como obligatorio, un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución ni por la ley, para el caso que se estudia mucho más, tratándose de actos de gobierno en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales. || Por las anteriores razones, deberá rechazarse la solicitud presentada por el accionante en el examen sobre incumpliendo (sic) de la Ley 42 de 1993, artículo 27 numeral b, debería hacerse en concordancia con la Ley 21 de 1991 artículos 6 y 7 sobre consulta previa.”

17 La Magistrada Carmen Alicia Rengifo Sanguino salvó el voto, por considerar que asistía la razón al demandante, cuando señalaba que el Ejército Nacional no podía incorporar indígenas a sus filas, sin haber consultado previamente a la respectiva comunidad.

18 La nota corresponde al siguiente texto citado por el concepto: Gupta, Akhil y James Ferguson (1992) *Beyond culture: space, identity, and politics of difference*, *Cultural Anthropology*, Vol. 7, 1: 6-23.

19 Corte Constitucional, sentencia SU-491 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

20 La Sala Plena de la Corte Constitucional consideró que “al Estado no le es dable exigir de la principal persona llamada por ley a asistir y proteger a la familia, el cumplimiento de una obligación [prestar servicio militar] que trae como efecto práctico su separación del núcleo familiar. (...)” Sentencia SU-491 de 1993 (MP Eduardo Muñoz Cifuentes).

21 Por ejemplo, en la sentencia T-132 de 1996 (MP Hernando Herrera Vergara) la Corte

estudió la acción de tutela de una joven en contra del Batallón Nueva Granada del Ejército Nacional con sede en el municipio de Barrancabermeja, por haber reclutado a su compañero y padre de su hija, para prestar el servicio militar. La Corte confirmó la orden de desacuartelamiento impartida por los jueces de instancia.

22 Para la Corte (T-774 de 2008) ello es así, 'en la medida en que tales vínculos no son, a priori, evidencia de la imposibilidad real de un titular de derechos, de solicitar, personal o directamente, la protección de los [derechos]' En tal sentido se reitera lo dispuesto en la sentencia T-542 de 2006 (MP Clara Inés Vargas Hernández).

24 Corte Constitucional, sentencia T-774 de 2008 (MP Mauricio González Cuervo).

25 La Asociación era acusada por los accionantes de propiciar políticas asistencialistas en salud, educación, 'proselitismo religioso' y demás aspectos culturales, entre los Nukak-Maku, que estaba implicando la sedentarización de la comunidad, y por tanto, la muerte de la misma. La Corte consideró que la agencia oficiosa era procedente, no sólo porque los accionantes habían declarado la incapacidad de defensa de la comunidad indígena, sino porque evaluadas 'las circunstancias de aislamiento geográfico, desconocimiento jurídico, incapacidad económica y limitaciones de lenguaje de los integrantes de la comunidad, se corroboró que éstos no están en condiciones de promover su propia defensa.' Corte Constitucional, sentencia T-342 de 1994 (MP Antonio Barrera Carbonell).

26 Concepto aportado por la Universidad de Los Andes, ver apartado (7.4.) de los antecedentes de esta sentencia.

27 Dentro de las diferentes modalidades, en el presente caso, el joven indígena se encontraba en la modalidad de 'soldado regular'.

28 Ver entre otras sentencias T-428 de 1992 MP Ciro Angarita Barón; T-528 de 1992 MP Fabio Morón Díaz; C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz; C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis; C-401 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

29 Ver entre otras sentencias T-405 de 1993 MP: Hernando Herrera Vergara; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell; C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-1117 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis; C-401 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

30 Sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-652 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-180 de 2005 MP: Humberto Sierra Porto.

31 Ver por ejemplo la sentencia T-1127 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería. AC: Manuel José Cepeda Espinosa.

32 Ver entre otras sentencias T-254 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-523 de 1997 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-1121 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería; T-782 de 2002 MP: Jaime Córdoba Triviño. T-811 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño; T-1238 MP: Rodrigo Escobar Gil.

33 Se pueden consultar entre otras las sentencias T-257 de 1993 MP: Alejandro Martínez Caballero; T-324 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

34 Ver entre otras sentencias SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell; C-418 de 2001 MP: Álvaro Tafur Galvis, C-891 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería, C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra y SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis.

35 Sentencias T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-058 de 1994 MP: Alejandro Martínez Caballero; T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell; SU-510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-652 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz.

36 Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

37 El carácter de derecho fundamental que se le ha reconocido a la identidad cultural de las comunidades indígenas, está explicado entre otras, en las sentencias T-380 de

1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell) y SU-510 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz).

38 Al respecto añade la sentencia: “(...) Un ejemplo de esta proyección es la sentencia C-350 de 1994. Si bien la sentencia no hace referencia a las comunidades indígenas directamente si comprende la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural por fuera del ámbito de los territorios indígenas, limitando las decisiones del Congreso de la República en todo el territorio nacional. En la sentencia se consideró que la participación del Presidente de la República en la consagración oficial del país al sagrado corazón quebrantaba el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, por ser el Jefe de Estado símbolo de la unidad nacional. Detrás de la anterior decisión subyace el principio de multiculturalismo de la nación cuya aplicación rebasa el ámbito de los territorios indígenas y del cual se derivan prohibiciones para las diversas autoridades nacionales. || Existen otros derechos de las comunidades indígenas que sí se encuentran circunscritos al territorio. Por ejemplo, el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente respecto de las decisiones relativas a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios. (...)” Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

39 Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-778 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y T-686 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño). En otras ocasiones también ha empleado otras expresiones para referirse a dicha excepción.

40 Corte Constitucional, sentencia C-394 de 1995 (MP Vladimiro Naranjo Mesa).

41 Corte Constitucional, sentencia C-370 de 2002 (MP Eduardo Montealegre Lynett).

42 Corte Constitucional, sentencia T-778 de 2005 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

43 Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero, SV Eduardo Cifuentes Muñoz). En este caso se resolvió declarar exequible el artículo 27 (parcial) de la Ley 48 de 1993 y declarar exequible el artículo 63 de la misma Ley, por los motivos señalados en el fallo, precisando que ‘la colonización se debe hacer en

estricta conformidad con las políticas de desarrollo sostenible que para tal efecto deberá formular el Ministerio del Medio Ambiente, de acuerdo al mandato del artículo 80 de la Constitución.’

44 Ley 48 de 1993, ‘artículo 4° Finalidad. Corresponde al Servicio de Reclutamiento y Movilización planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, y así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno Nacional.’ La constitucionalidad del aparte resaltado de la norma fue declarado por la Corte en la sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero); en este caso se estudiaron varias disposiciones de la misma Ley.

45 Ley 48 de 1993, ‘artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad. || Parágrafo. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio. || [...] Artículo 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley. [...]’ La constitucionalidad de estas norma fue declarada en la sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero); en este caso se estudiaron varias disposiciones de la misma Ley.

46 Ley 48 de 1993, artículo 3° Servicio militar obligatorio. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley. || [...] Artículo ARTICULO 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar: (a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; (b) Como soldado bachiller durante 12 meses; (c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; (d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

47 Ley 48 de 1993, artículo 22. Cuota de compensación militar. El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional, denominada 'cuota de compensación militar'.

48 La norma, en su literal a, contempla la misma exención para 'los limitados físicos y sensoriales permanentes' (Ley 48 de 1993, art. 27).

49 Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero, SV Eduardo Cifuentes Muñoz). La sentencia sólo estudia la constitucionalidad de la segunda de las exenciones -la de los indígenas-, no de la primera -la de los limitados físicos y sensoriales-.

50 Adicionalmente, la sentencia C-058 de 1994 dijo: "En otras palabras, los indígenas que vivan con el resto de la población colombiana o con los mismos hábitos que ésta, no están exentos del servicio. Ellos están sometidos al régimen general de la Constitución y la ley, que propugna la dignidad del hombre con unos derechos y deberes que cumplir." Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero, SV Eduardo Cifuentes Muñoz).

51 Por ejemplo, en la sentencia T-1094 de 2004 (Manuel José Cepeda Espinosa) se tuteló los derechos de un indígena de la etnia Pijao y de su núcleo familiar, compuesto por su señora madre y tres hijos menores, quienes habían sido desplazados de la vereda Santa Marta Palmar (Tolima) y la Red de Solidaridad Social se negaba a inscribirlos 'en el Registro Nacional de Población Desplazada.' La Corte

Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población en situación de desplazamiento (T-025 de 2004; MP Manuel José Cepeda Espinosa), y ha adoptado una serie de medidas orientadas a garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, entre los cuales se encuentra la población indígena. En el Auto 04 de 2009 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional resolvió, entre otras cosas: (1) declarar que los pueblos indígenas de Colombia, según lo advertido en esta providencia, están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno, y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del Derecho Internacional Humanitario, todo lo cual ha repercutido en el desplazamiento forzado individual o colectivo de indígenas; (2) declarar que el Estado colombiano está en la obligación doble de prevenir las causas del desplazamiento forzado de los pueblos indígenas, y atender a la población indígena desplazada con el enfoque diferencial que para ello se requiere; y (3) en consecuencia ordenar a los mismos funcionarios enunciados (...) que diseñen e implementen, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados Por el Desplazamiento, con el nombre que los responsables gubernamentales estimen aconsejable ponerle. Este programa deberá ser adoptado, junto con un cronograma para su implementación y seguimiento, dentro del término de seis (6) meses siguientes a la notificación de este auto, y deberá contener componentes de prevención y atención así como respetar los criterios de racionalidad constitucional en las políticas públicas mencionadas en el presente auto y en otros donde se ha ordenado incluir un enfoque diferencial, en este caso en cumplimiento del principio de diversidad etnocultural. En el diseño de este programa se aplicarán los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento.”

52 Ver apartado (7.3.1.) de los antecedentes de la presente sentencia.

53 Dijo al respecto la Corte en esta ocasión: “De acuerdo con lo anterior, la comunidad indígena de Tacueyó reclama la existencia de un censo llevado internamente, que constituye el criterio determinante para identificar a sus miembros. Igualmente, para el

caso particular, las autoridades del cabildo dan fe de que el actor es un indígena perteneciente a su comunidad, que no ha perdido sus usos y costumbres, conserva su identidad y respeta los reglamentos. Debe resaltar la Corte que las certificaciones presentadas se encuentran suscritas por cinco autoridades tradicionales. || Por lo tanto, teniendo en cuenta el principio de autonomía de los pueblos indígenas y la facultad para la comunidad de identificar a sus miembros, además de la realidad de la identidad indígena demostrada plenamente por el actor, la Universidad del Valle no puede sostener que no ha demostrado ser un indígena con derecho a los cupos especiales porque no figura en el censo que tiene el Ministerio. En dicha medida, debe primar la condición real del indígena, sobre condiciones formales como la inscripción en un censo llevado por entidades ajenas a la respectiva comunidad indígena.” Corte Constitucional, sentencia T-703 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa). Para la Corte: “el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia no es constitutivo de la condición indígena y que, en dicho orden, el hecho de que un sujeto no se encuentre allí registrado, no conlleva necesariamente a que no sea indígena.” (T-703 de 2008).

54 Corte Constitucional, sentencia T-703 de 2008 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

55 Ver apartado (7.2.) de las consideraciones de la presente sentencia.

56 Corte Constitucional, sentencia T-703 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

57 Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz; SPV Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa; SV José Gregorio Hernández Galindo). En este caso la Corte Constitucional decidió confirmar las decisiones de los jueces de instancia, de acuerdo con las cuales se resolvió que no prosperaban las súplicas de los pastores y miembros no indígenas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, IPUC en el sentido de que se les permita llevar a cabo actividades de proselitismo religioso dentro del resguardo Arhuaco.

58 En la sentencia SU-039 de 1997 (MP Antonio Barrera Carbonell, SV Hernando Herrera Vergara, Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Jaime Vidal Perdomo -conjuez-)

se establece que el convenio “(...) hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación”. En igual sentido puede verse la sentencia SU-383 de 2003 (MP Álvaro Tafur Galvis; SPV Alfredo Beltrán Sierra, Clara Inés Vargas Hernández; SV Jaime Araujo Rentería), y la sentencia T-979 de 2006 (MP Nilson Pinilla Pinilla). En este último caso, dijo la Corte al respecto: “Sobre este tema, es necesario tener en cuenta que de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Política, este y todos los derechos fundamentales en general, deberán ser interpretados de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, los que, como ha reiterado la jurisprudencia de esta Corte, hacen parte del bloque de constitucionalidad. En relación con los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, tal como lo indicaron los accionantes, resulta particularmente relevante el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, realizada en Ginebra en 1989, convenio cuya ratificación por el Estado colombiano fue autorizada mediante Ley 21 de 1991. || El citado convenio contiene en su Parte Primera varios importantes apartes que resaltan y ratifican la importancia del derecho al auto-gobierno y a la autonomía política de los pueblos indígenas y tribales, entre ellos los siguientes: i) la responsabilidad que compete a los gobiernos de los Estados signatarios de desarrollar acciones coordinadas tendientes a proteger los derechos de tales comunidades, en particular, medidas encaminadas a promover la plena efectividad de sus derechos económicos, sociales y culturales respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones (artículo 2º, numeral 2º, letra b); ii) la obligación de adoptar las medidas especiales que se requieran para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (artículo 4º, numeral 1º); iii) el derecho que dichos pueblos y comunidades tendrán a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y la necesidad de establecer procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio (artículo 8º, numeral 2º). || Los anteriores criterios enmarcan, y al mismo tiempo refuerzan, el derecho al auto-gobierno de las

comunidades indígenas, que el Constituyente de 1991 puso de presente en varias disposiciones constitucionales, ya citadas. De otra parte, tales principios y criterios encajan claramente dentro del entorno de un Estado social de derecho (art. 1° de la Constitución Política), respetuoso y protector de la diversidad étnica y cultural (art. 7° ibídem). De allí que, en desarrollo de las obligaciones resultantes de su participación en este convenio, al Estado colombiano le corresponda desarrollar una labor activa encaminada a promover el respeto y la prevalencia de la autonomía y los demás derechos de las comunidades indígenas. || Ahora, si al Estado y sus autoridades les corresponde promover y defender el derecho fundamental de las comunidades indígenas a gobernarse por autoridades propias, se entiende que a fortiori, les compete el deber de abstenerse de interferir de cualquier manera en la toma de las decisiones que en desarrollo de su autonomía corresponde adoptar a los integrantes de las comunidades indígenas. Siendo sin duda una de tales decisiones, e incluso una de las más importantes, la referente a la elección de las autoridades que de conformidad con sus propias tradiciones, usos y costumbres, habrán de gobernar a la comunidad indígena en cuestión, dentro del ámbito de sus competencias reconocidas por la Constitución de 1991." En esta ocasión (T-979 de 2006), la Corte Constitucional tuteló el derecho fundamental a la autonomía política de la comunidad indígena del Resguardo Muellamués, en especial, las facultades propias de las autoridades indígenas en el manejo de situaciones de orden público en sus comunidades.

59 Corte Constitucional, sentencia T-703 de 2008 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

60 Las Cuestiones Indígenas. Los derechos humanos y las cuestiones indígenas. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2005/51 de la Comisión. Distr. GENERAL. E/CN.4/2006/78/Add.4 [20 de enero de 2006] Original: español.

61 En este apartado se incluyen los documentos aportados por el Ministerio de Defensa Nacional que formulan por escrito la política pública que el Ejército Nacional está llamado a implementar.

62 Ver apartado (7.3.) de los antecedentes de la presente sentencia.

63 Corte Constitucional, sentencia T-215 de 2005 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

64 El Congreso de la República no aprobó como ley, el Proyecto presentado por el Senador Jesús Enrique Piñaque Achicue, mediante el cual pretendía adicionar al numeral B, del artículo 27 de la ley 48 de 1993, la siguiente frase: 'Cuando un indígena quiera prestar el servicio militar voluntaria e individualmente, deberá presentar una autorización firmada por la máxima autoridad de su respectiva comunidad'.

65 Acerca de las facetas prestacionales de los derechos fundamentales de libertad o los mal llamados 'negativos', ver entre otras, las sentencias T-595 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

66 En los hechos de la sentencia del Tribunal Administrativo se menciona al respecto, "1. Indica que en las primeras semanas del mes de marzo de 2003, el actor Efrén Félix Tarapues Cuaical, Senador de la República por la circunscripción especial indígena, recibió informes de los Gobernadores y Autoridades de los Cabildos Indígenas de Nariño, relacionados con el reclutamiento indiscriminado de jóvenes indígenas, principalmente de los resguardos de: Mueses, municipio de Potosí; Cumbal, municipio de Cumbal; Panam, municipio de Cumbal; Mellamues, municipio de Guachuacal, entre otros. || 2. Afirma haberse comunicado telefónicamente con el Comandante del Batallón de Ipiales para solicitarle suspender el reclutamiento, explicándole cómo el reclutamiento masivo colocaba a los jóvenes y a las comunidades en situación de alto riesgo, pero que no obstante sus argumentos, su solicitud 'no fue atendida aduciendo razones y explicaciones inaceptables'. Se comunicó entonces, el día 10 de marzo con el Viceministro de Defensa Nacional solicitándole su intervención en el asunto. || 3. El día 11 de marzo de 2003, presentó Derecho de Petición a la Ministra de Defensa Nacional, Dra. Martha Lucía Ramírez, solicitándole el cumplimiento de la ley y la suspensión del reclutamiento indiscriminado de jóvenes indígenas. Adiciona su solicitud con información complementaria el día 28 de marzo siguiente, en la que solicita la Ministra rectificar algunas declaraciones emitidas por el Comandante de la Tercera División del Ejército, publicadas por el diario El Tiempo, las cuales transcribe. || 4.

Manifiesta que el día 13 de marzo de 2003 se realizó una reunión en el Batallón de Ipiales, con la participación del Mayor Pérez Durán, el Jefe de Asuntos Indígenas de Nariño, el Gobernador del Cabildo de Cumbal, un delegado de los padres de familia, y con la presencia de los jóvenes indígenas reclutados. En desarrollo de dicha reunión, fueron interrogados los jóvenes si voluntariamente deseaban prestar el servicio militar, a lo cual 21 respondieron negativamente. || 5. Explica, que de acuerdo con la información recolectada en Nariño, el reclutamiento se hizo de manera unilateral, rompiendo con el procedimiento que se había establecido en los años anteriores, en donde dicho reclutamiento se realizaba con la participación de autoridades indígenas y padres de familia de los resguardos respectivos. Procedimiento que se había establecido 'para darle estricto cumplimiento a la Ley y que, se enmarca en lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 que ratifica el Convenio 169 de la OIT.' || 6. Dice que los Gobernadores Indígenas de la etnia de los Pastos presentaron derecho de petición a la Ministra de Defensa, pidiendo el cumplimiento de la Ley 48 de 1993 y le reiteraron la decisión tomada por consenso de no autorizar la prestación del servicio militar a los jóvenes de sus comunidades, por considerar que en las actuales circunstancias del país las Comunidades deben tratar de defender su autonomía sin involucrarse en la guerra. || 7. Menciona que el 21 de abril de 2003, el Director de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio dirigido al Viceministro de Defensa, solicitó el desacuartelamiento de jóvenes indígenas, invocando el artículo 27 de la Ley 48 de 1993. || [...] || 9. El accionante afirma que el 14 de mayo en el Capitolio Nacional, en reunión con la Ministra, el Viceministro, el Comandante de las Fuerzas Armadas y otros altos mandos militares, el Delegado para la Defensoría del Pueblo y los Congresistas Indígenas y otros representantes de estas organizaciones, la Ministra y los mandos militares, 'aceptaron estar reclutando jóvenes indígenas para prestar el servicio militar obligatorio en el programa de Soldados Campesinos, exhibieron a manera de justificación documentos firmados por el Director de asuntos indígenas de Nariño y declaraciones ante notario en el Cauca, donde los indígenas afirmaron estar en el servicio por su propia voluntad', a lo cual añade, que dichas declaraciones fueron efectuadas después del reclutamiento, 'cuando los soldados se encuentran condicionados por la disciplina militar.' || (...)"