

T-449-13

Sentencia T-449/13

(Bogotá, D.C., julio 12)

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional para la protección de derechos fundamentales

La acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo idóneo para garantizar la primacía y la efectividad de los derechos constitucionales, de manera acorde con lo previsto en la Constitución (art. 86) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), en tanto constituye un recurso efectivo para su protección. Esta acción, además, permite el ejercicio de una función imprescindible en un Estado Democrático y Social de Derecho, como es la de unificar la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales. Esta unificación permite precisar el alcance y sentido de los derechos y, al hacerlo, asegura la aplicación igual de las normas que los reconocen, con la seguridad jurídica y la justicia material que de ello se sigue.

JURISDICCION CONSTITUCIONAL-Sentido orgánico y sentido funcional

Este tribunal ha distinguido dos sentidos de la jurisdicción constitucional: el orgánico y el funcional. Según el primer sentido, la jurisdicción constitucional está conformada sólo por la Corte Constitucional. Según el segundo sentido, la jurisdicción constitucional está conformada por todos los jueces de la República, sean individuales o colegiados, en tanto tienen competencia para conocer de acciones de tutela y pueden ejercer el control de constitucionalidad difuso de las normas infra constitucionales, por medio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.P.). La acción de tutela contra providencias judiciales y, por tanto, la actuación de la jurisdicción constitucional se restringe a los asuntos de relevancia constitucional y a la protección efectiva de los derechos fundamentales, y no a problemas de carácter legal.

CARACTERIZACION DEL DEFECTO POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

JUDICIAL/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Formas en que puede ser desconocida la jurisprudencia

La Corte ha precisado que el carácter vinculante del precedente constitucional puede desconocerse de cuatro maneras: (i) al aplicar normas declaradas inexequibles en fallos de constitucionalidad; (ii) al aplicar disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) al contrariar la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad; y (iv) al desconocer el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte en la ratio decidendi de sus sentencias de tutela. No obstante, este tribunal reconoce que el juez puede apartarse del precedente jurisprudencial, siempre y cuando advierta su existencia y justifique separarse de él con razones fundadas, que satisfagan la carga argumentativa de demostrar que el precedente, en todo o en parte, es contrario a la Constitución.

DEFECTO SUSTANTIVO-Configuración

CARACTERIZACION DEL DEFECTO MATERIAL O SUSTANTIVO COMO CAUSAL DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-En casos de interpretación irrazonable

La ley no puede interpretarse de manera aislada a la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse a partir y conforme a la Constitución, que es la norma suprema y, en tanto tal, la que da unidad y coherencia al ordenamiento jurídico. La hermenéutica jurídica es una disciplina compleja, que admite respecto de ciertos textos lecturas razonables diversas. Sin embargo, existen ciertas hipótesis, en las cuales la interpretación resulta irrazonable, al punto de configurar un defecto sustantivo. Estas hipótesis son: (i) cuando, de manera protuberante, se otorga a la disposición jurídica un sentido y un alcance que no tiene, valga decir, se pretende desprender una norma jurídica de un contenido normativo que no la prevé, de manera contraria a la lógica y a las reglas de la experiencia; y (ii) cuando se le da a la disposición jurídica un sentido y un alcance que sí puede tener, pero que en realidad resulta contraria a la Constitución o conduce a resultados desproporcionados.

JURISDICCION INDIGENA EN LA LEY ESTATUTARIA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Ante la circunstancia de que la jurisdicción indígena sí hace parte de la Rama Judicial, pero no pertenece a su estructura orgánica, es menester precisar de qué manera la jurisdicción indígena hace parte de la Rama Judicial. La respuesta la brinda el inciso segundo del artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que regula el ejercicio de la función jurisdiccional por la Rama Judicial, al prever, de manera acorde con la propia Constitución, que la jurisdicción indígena es una jurisdicción especial, junto a las jurisdicciones penal militar y de paz. Este inciso fue declarado exequible en la Sentencia C-713 de 2008, bajo el entendido de que “la competencia residual de la jurisdicción ordinaria no comprende los asuntos de orden constitucional que por su naturaleza corresponden a la Corte constitucional. Así mismo, en el entendido de que la Fiscalía General de la Nación ejerce excepcionalmente función jurisdiccional, y que la penal militar y la indígena.

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Alcance y límites

La existencia de una jurisdicción especial indígena plantea un problema en las fuentes del derecho entre la jerarquía de la ley y la de las costumbres y usos indígenas. Este problema se resuelve por la Corte con la condición de que dichas costumbres y usos no pueden ser contrarios a la Constitución y a la ley. Para resolver en la práctica los problemas de aplicación normativa, este tribunal planteó los siguientes criterios: (i) a mayor conservación de los usos y de las costumbres, mayor autonomía; (ii) los derechos fundamentales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (iii) las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural; y (iv) los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas.

DELITO DE DESAPARICION FORZADA-Prohibición que este delito sea juzgado por jurisdicciones especiales

CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE DESAPARICION FORZADA DE PERSONAS-Sentencia C-580 de 2002

JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Solamente la jurisdicción ordinaria puede juzgar a los presuntos responsables del delito de desaparición forzada, se excluye la

jurisdicción indígena y jurisdicción penal militar

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Improcedencia por cuanto no se configura defecto sustantivo, al interpretar razonablemente la competencia de la jurisdicción ordinaria para juzgar indígenas por el delito de desaparición forzada

Referencia: expediente T-3.821.137

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del 8 de octubre de 2012, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C.

Accionantes: José María Dogenesema Dosabia y otros.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda de tutela[1].

1.1. Elementos.

1.1.1. Derechos fundamentales invocados: debido proceso, derecho de defensa, libertad e igualdad.

1.1.2. Conducta que causa la vulneración: decisiones de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura del 8 de febrero y del 6 de junio de 2012, por medio de las cuales se define que corresponde a la jurisdicción ordinaria investigar y juzgar a los accionantes por la posible comisión de los delitos de desplazamiento forzado y de homicidio.

1.1.3. Pretensión: que se tutelen los derechos al debido proceso, a la defensa, a la libertad y

a la igualdad y, en consecuencia, se disponga la remisión del proceso al Resguardo Indígena Embera Chamí, para que se tramite ante la justicia indígena.

1.2 . Fundamento de la pretensión.

1.2.1. El 31 de agosto de 2011, por hechos acaecidos el 4 de agosto de 2009, en cercanías del Río Mistrató, relacionados con la desaparición forzada y posterior homicidio de Héctor Fabio Moscoso Ramírez, fueron detenidos José María Dogenesema Dosabia, Rosendo Dosabia Nayasa, José Luis Dogenesema Wasirucama, Arnulfo Dogenesema Wasirucama y Ovidio Dogenesema Wasirucama[2].

1.2.2. El 14 de agosto de 2011, se imputaron cargos a estas personas por los referidos hechos, quienes no aceptaron, al considerar que el asunto le correspondía a la jurisdicción indígena.

1.2.4. El 8 de febrero de 2012, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al resolver la “impugnación de competencia” propuesta por la defensa en el proceso penal, negó la posibilidad de que los accionantes fueran juzgados por la jurisdicción indígena, al no estar demostrado que el hecho hubiese ocurrido en el resguardo, y al tratarse de delitos de desaparición forzada y homicidio[3]. En sus palabras:

En efecto, si bien se adjuntó certificación del Secretario de Gobierno, Administrativo y de Educación del Municipio de Mistrató sobre la pertenencia de los imputados al resguardo unificado Emberá Chami de la citada municipalidad, el elemento objetivo no se encuentra acreditado, pues no se allegó medio probatorio alguno demostrativo que (sic.) los hechos objeto de juzgamiento se desarrollaron dentro del territorio indígena, por el contrario, del escrito de acusación, concretamente del aparte relacionado con el suceso, se infiere que este se presentó por fuera de la región de los nativos.

(...)

Aunado a lo anterior, no puede soslayarse que el caso en estudio refiere a delitos de desaparición forzada y homicidio, consumados en forma sorpresiva y vandálica, lo cual permite inferir que los procesados participan de la cultura mayoritaria y en ese sentido interactuaban con pleno conocimiento de las consecuencias de sus comportamientos, por lo

tanto, no estaría bien avalar el pedimento de la Gobernadora indígena.

En este orden de ideas, como no concurren los elementos propios que integren ese componente determinante del fuero indígena, tal como lo determinó la jurisprudencia antes relacionada, se concluye entonces, (sic.) que la competencia para continuar conociendo del asunto, por ahora y frente a lo que se tiene en este momento, sin perjuicio que (sic.) más adelante cambie la situación, la tiene la jurisdicción ordinaria penal (...) por cuanto se impone el fuero general para conocer de delitos, siendo la jurisdicción especial una excepción que debe acreditarse conforme a las exigencias constitucionales y en este caso jurisprudenciales.

1.2.5. El 6 de junio de 2012, al conocer “por segunda vez de la impugnación de competencia”, ante la circunstancia de que la víctima de los delitos era un menor, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura determinó que su conocimiento correspondía a la jurisdicción ordinaria[4]. En esta providencia también se señala que delitos como la desaparición forzada descartan de plano a las jurisdicciones especiales. En sus palabras:

Ahora, como el caso refiere a los delitos de DESAPARICIÓN FORZADA y HOMICIDIO de UN MENOR DE EDAD, ha de preferir la Sala la protección, garantías y derechos del menor, por encima de los derechos que puedan asistirle a la comunidad indígena, en tanto es ella la que reclama la competencia haciendo valer la condición de juez natural respecto de los comunitarios involucrados en el delito.

Al respecto, ha de precisarse que se reclama por parte de la jurisdicción indígena el conocimiento del asunto, por la pertenencia de los imputados a esa comunidad, y aportó para la causa prueba documental que da cuenta de tal acreditación, al igual que la circunstancia de haberse cometido el plagio de la víctima en territorio indígena, aunque no su consumación final. No obstante, y pese a que están dados los elementos jurisprudencialmente concebidos para el reconocimiento de dicho fuero especial, no es regla inviolable que pueda determinar per se el rumbo del conocimiento hacia determinada jurisdicción, por estar sujeta esa jurisdicción a los derroteros de la Constitución misma y el arraigo o cosmovisión de los inculcados.

(...)

(...) no es menos cierto que delitos como la desaparición forzada, por su finalidad y connotación, descartan por sí mismo, (sic.) de plano, la aplicación de fueros especiales; no es práctica que deba reconocerse como parte cultural de ninguna comunidad, menos la indígena; es delito atroz, de lesa humanidad que para su investigación debe seguirse la línea general de competencia, radicada precisamente en la jurisdicción penal ordinaria; este y otros delitos, como sucede con la justicia castrense, de antemano reniegan de excepciones en materia de jurisdicción, son comportamientos que la Constitución no reserva para ser castigado acorde a los usos y costumbres de estas comunidades, principios aplicables siempre y cuando no contraríen la constitución política.

Así como el narcotráfico, la tortura, los tratos crueles, inhumanos y degradantes entre otros, no son generadores de unificación de competencia en el Juez que de ordinario conoce delitos, mal haría la Sala en reconocerle excepción de jurisdicción a quienes cometan delito de desaparición forzada, al igual que los punibles denominados políticos. En conclusión, el caso de autos no es ajeno a la justicia ordinaria.

1.2.6. El 5 de septiembre de 2012, la Defensoría del Pueblo Regional Risaralda, con el apoyo de un técnico en criminalística, en respuesta a una petición de los accionantes[5], hizo entrega de los videos[6] y fotografías[7] del lugar de los hechos, de documentos dados por el Hospital San Vicente de Paul de Mistrató[8], por la Universidad Tecnológica de Pereira[9], por la antropóloga Cecilia Luca Escobar Vekerman[10], por la Gobernación de Risaralda[11] y por el IGAC[12].

1.2.7. A la fecha de presentación de la tutela, esto es al 10 de septiembre de 2012, el proceso estaba en etapa de juicio ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Pereira.

1.3. Argumentos del actor.

Con fundamento en estos hechos, la demanda de tutela cuestiona el argumento de que, por ser la víctima un menor el proceso debe tramitarse por la jurisdicción ordinaria y no por la jurisdicción indígena. Para sustentar su dicho, da dos argumentos: (i) que en la Sentencia T-617 de 2010, al resolver una caso semejante, en el cual la víctima es un menor, la Corte preserva la jurisdicción indígena; y (ii) que, en todo caso, la providencia objeto de la tutela se funda en una inadecuada interpretación de los artículos 246 y 256 de la Constitución, al

que se considera de manera injustificada como incompatible con el artículo 44 ibídem.

2. Admisión de la demanda y trámite procesal.

2.1. Al presentarse la acción ante la propia entidad accionada, esta procedió a remitirla, por Auto del 19 de septiembre de 2012[13], a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá, que avoca conocimiento del proceso por Auto del 26 de septiembre de 2012. La razón de este proceder, que parece contrariar lo dispuesto en el artículo 1.2 del Decreto 1382 de 2000, se encuentra en el Auto del 19 de septiembre de 2012 así:

Establece el inciso 2 del numeral 2 del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, que las acciones de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura, serán repartidas a la misma Corporación y se resolverán por Sala de Decisión, sección o subsección, lo cual impondría el conocimiento por parte de esta Colegiatura de la presente acción.

Sin embargo, teniendo en cuenta que esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por ser cabeza de jurisdicción disciplinaria, no tiene superior, y no está conformada por otras salas, secciones o subsecciones, como sí ocurre en la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, si eventualmente fallase la acción de tutela impetrada dejaría sin segunda instancia a los sujetos procesales, contrariando así el artículo 86 de la Constitución Política, que señala “El fallo, será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente...”.

En consecuencia, por factor territorial, se dispone enviar el escrito de tutela y sus anexos a la SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE BOGOTÁ, para que dicha Corporación proceda a tramitar la primera instancia.

2.2. En el Auto del 26 de septiembre de 2012 se dispone oficiar a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Pereira, a la Fiscalía 11 de la Unidad Nacional de Desaparición y Desplazamiento Forzado de Pereira, a la Procuraduría 149 Judicial II Penal de Pereira y al Resguardo Unificado Embera Chamí de Mistrató de las veredas del Nuevo Cabildo Indígena del Resguardo zona 1 y 2[14].

2.3. Dado que los accionantes solicitaron, como medida provisional, suspender la audiencia de juicio oral que se adelanta ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pereira, en otro Auto del mismo 26 de septiembre de 2012, se niega dicha solicitud, por considerar que en el estado en el cual se encuentra el proceso no hay elementos probatorios que permitan determinar la viabilidad y necesidad de la medida invocada.

3. Intervenciones y respuesta de la accionada.

3.1. El 2 de octubre de 2012, la Fiscalía 11 Especializada UNCDES interviene en el proceso para informar que dentro del radicado 660016000058200902227 se adelantó la indagación, se formuló la imputación y se solicitó e impuso la medida de aseguramiento intramural a los accionantes, cuyo juicio se tramita en la actualidad[15]. En cuanto a la ocurrencia de los hechos punibles, de cuyo juzgamiento se trata, precisó que[16]:

“(…) a las dos de la tarde de un día del mes de junio de 2009, se encontraba en su casa tienda de la vereda Río Mistrató de ese municipio en el del (sic.) Departamento de Risaralda, la señora CECILIA DOGENESAMA WASIRUCAMA, esposa de FRANCISCO JAVIER SANCHEZ BERRIO, hasta donde llegó un muchacho moreno y al entrar a la casa le pedía que le entregara CUATRO MILLONES DE PESOS, ella decía que no tenía esa plata, por lo que éste (sic.) joven buscó por toda la casa hasta que encontró aproximadamente NOVECIENTOS MIL PESOS y CINCUENTA MIL PESOS que ella le entregó, los que se llevó después de amenazarla poniéndole un revólver dentro de la boca, dejándola sujeta de la cama y amarrada la cabeza con un trapo y las manos hacia atrás.

Se denuncia luego que el día 03 de julio de 2009, a las diez de la mañana se encontraba CECILIA DOGENESAMA WASIRUCAMA en el mismo inmueble, enferma, sola, con la puerta de enfrente cerrada, entrando un muchacho por la puerta de abajo con un cuchillo grande sin cachas, sin amolar, la cogió del pelo y de la nuca para chuzarla y ella no se dejó, luchó por unos diez minutos con aquel hasta que le quitó el cuchillo, propinándole el hombre puños y patadas, la tiró al suelo y la lesionó en la barriga, la espalda, trató de cortarle el cuello y le lesionó un dedo, logrando ella quitarle el trapo que llevaba en la cara y reconociéndolo, hechos que fueron presenciados por su hijo JAMES de cinco años y quien avisó a sus familiares y conocidos, cayendo mareada a la cama, procediendo el muchacho que se reconociera después como HECTOR a meterse a la tienda a buscar la plata, llevándose el

dinero que se encontraba en las bolsas y que se trataba de monedas y dinero en billetes por valor aproximado de OCHOCIENTOS MIL PESOS.

Informan los elementos materiales probatorios que la señora CECILIA DOGENESIANA WASIRUCAMA, al reconocer al autor del segundo hurto y las lesiones, con el nombre de HECTOR, le avisó a su esposo FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ, verificando éste que se trataba de HECTOR FABIO MOSCOSO RAMÍREZ, que trabajaba como ayudante de los choferes del recorrido para el Río Mistrató, que este muchacho había dicho que la iba a perseguir hasta matarla, por lo que le contó a su familia, manifestando luego sus hermanos OVIDIO y JOSÉ LUIS DOGENESAMA WASIRUCAMA, que ese muchacho la iba a salir matando y que ellos iban a hacer la Ley, porque la Ley no hace caso, que ellos lo iban a coger, pero que ella les dijo a sus hermanos que tenían que entregarlo al cabildo y éste a la Ley.

Se establece por la información legalmente obtenida que el día martes 04 de agosto de 2009, sale el joven HECTOR FABIO MOSCOSO RAMÍREZ como ayudante del Carpati conducido por el señor RUBEN DARÍO ARIAS OSORIO, en el recorrido entre Mistrató - Río Mistrató, salida a las tres de la tarde y llegada entre las cinco y treinta a seis de la tarde, alojándose esa noche en el inmueble o residencia de los señores NELSY MERY MARÍN CASTAÑEDA y WILSON OROZCO CASTAÑEDA, fuera de la jurisdicción indígena, donde a eso de las diez y media de la noche golpearon la puerta de entrada, al abrir WILSON ingresaron unas cuatro, cinco o seis personas uniformadas, armadas y con la cara tapada, custodiaron a WILSON y a RUBEN DARÍO dos o tres de éstos, mientras que otros dos siguieron hasta una de las habitaciones del fondo donde descansaba el menor HECTOR FABIO MOSCOSO, sacándolo de allí sin camisa y tomado por los brazos por cada uno de los ofensores que en el traslado le decía "caítes gran hijueputa", llevándoselo hacia el exterior y cerrando la puerta con uno de los pies del último que partió, desconociéndose a la fecha sobre el paradero del menor.

Indica los (sic.) diferentes elementos materiales probatorios que a HECTOR FABIO MOSCOSO RAMIREZ lo sometieron a privación ilícita de su libertad y se lo llevaron a las diez y media de la noche del día martes 4 de agosto de 2009, retenido y sacado por la fuerza del alojamiento de Río Mistrató, por parte de indígenas familiares de la víctima de los hurtos de los que fuera objeto la señora CECILIA DOGENASAMA WASIRUCAMA, que esa noche pasaron por la casa de CECILIA previamente y como a las nueve de la noche: JOSE LÚIS y OVIDIO

DOGENESAMA WASIRUCAMA, hermanos de Cecilia; ARNULFO DOGENESAMA WASIRUCAMA, primo de Cecilia; ROSENDO DOSABIA NAYAZA, vecino de Cecilia y JOSE MARIA DOGENESAMA DOSABIA, "Alias POMPILIO" tío de Cecilia y desmovilizado del frente Aurelio Rodríguez de las FARC, manifestando los dos primeros y los dos últimos que iban a coger y matar a ese muchacho HECTOR FABIO, porque después él venía a robarle más plata y ese man si la mataba a ella porque era un ladrón, que de allí salieron y se fueron a Río Mistrató a sacar el muchacho y pasaron luego como a las diez de la noche y entró JOSE LUIS únicamente a comprar unos cigarrillos, miró por una ventana y vio a seis personas porque ya llevaban al muchacho, que al otro día estaba Cecilia donde la tía Carmelita y la llamó JOSE LUSI como a las dos de la tarde y le dijo "nosotros matamos al muchacho", que igual manifestación le hizo como al mes su tío "POMPILIO", sin que le manifestaran el sitio donde lo habían enterrado y recibiendo amenazas de sus familiares si decía algo; pero que se decidió a hablar de lo que conoció frente a estos hechos por las amenazas de la familia del desaparecido HECTOR FABIO de querer torturarla, matarla o acabar con sus hijos por la desaparición del joven MOSCOSO RAMIREZ."

La fiscalía precisa que el lugar de los hechos es el sitio denominado vereda Río Mistrató; que este sitio aparece dentro de dos Veredas: Barranca y Carrema; y que sólo la segunda hace parte de las 28 veredas que conforman el resguardo indígena[17]. Pone de presente que la víctima, "es un mestizo que nada tiene que ver con la población indígena"[18]. Y advierte que, al tenor de lo dispuesto por la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, los estados se comprometen a adoptar varias medidas, entre ellas, la de estos hechos solo pueden ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes, con exclusión de toda jurisdicción especial.

3.2. El 5 de octubre de 2012, la Procuraduría 149 Judicial II Penal intervino en el proceso para decir que comparte la decisión objeto de la tutela[19]. Y la comparte, porque no se demostró que los hechos punibles hubiesen ocurrido en el resguardo, como lo puso de presente la fiscalía, y porque la conducta punible que se endilga a los procesados afecta de manera grave el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

3.3. El 5 de octubre de 2012, el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado Adjunto de Pereira intervino en el proceso para dar cuenta de las diligencias realizadas y para advertir

que está a la espera de la decisión que se adopte sobre la acción de tutela, para proseguir o no el juicio[20].

3.4. En comunicación del 28 de septiembre de 2012, que tiene un sello de recepción del 12 de octubre de 2012[21], la entidad accionada presentó su respuesta a la demanda de tutela. Comenzó por advertir que, en vista de que la providencia que es objeto de la tutela se dictó el 8 de febrero de 2012, la acción no satisface el requisito de inmediatez, por lo cual es improcedente. Para ilustrar este aspecto trae a cuento la Sentencia T-890 de 2006.

Si se decidiera conocer de fondo el asunto, que no es lo técnico o aconsejable, la providencia objeto de la tutela no merece reparo alguno por considerar que la autonomía de los pueblos indígenas no es absoluta. Tampoco se puede controvertir que el proceso quedará en manos de la jurisdicción ordinaria, cuando no se satisface el factor territorial, que es objetivo, entre otras razones, por la falta de colaboración con la administración de justicia del resguardo indígena involucrado en el caso.

4. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C., del 8 de octubre de 2012[22].

Luego de hacer un recuento de lo actuado y de las intervenciones de las partes, se ocupa de la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales[23], y se advierte que ésta debe satisfacer requisitos generales y especiales. En cuanto a la naturaleza de la providencia por medio de la cual se dirime un conflicto entre jurisdicciones, como ocurre en este caso, se trae a cuento la Sentencia T-806 de 2000, para decir que la regla es la de que estas decisiones “se convierten en ley del proceso de obligatorio cumplimiento, y, como tal, no pueden ser discutidas ni desconocidas por las partes o funcionario judicial alguno”. A partir de las Sentencias T-175 de 1994 y T-806 de 2000, se señala que esta regla tiene una excepción, que se configura cuando la providencia atenta contra las garantías fundamentales de alguno de los intervinientes e irradie per se una protuberante vía de hecho.

Fijados los parámetros de juicio, se estudia la procedencia de la acción y constata que ésta satisface los requisitos generales y especiales. Respecto del requisito de inmediatez, al que alude la accionada, se pone de presente que la acción de tutela se presentó el 12 de

septiembre de 2012, es decir, un poco más de tres meses después de la última providencia controvertida, que es del 6 de junio de 2012, término que estima como razonable. Se agrega que en la primera providencia, que es del 8 de febrero de 2012, la accionada había dejado abierta la posibilidad de cambiar su decisión, si los medios de prueba por aportarse al proceso así lo exigían.

Al estudiar las providencias objeto de la tutela, se afirma que éstas no desconocen la jurisdicción especial indígena, sino que atienden de manera razonable a la tensión constitucional entre las garantías fundamentales de los menores, las normas supranacionales, y la autonomía de los pueblos indígenas en materia de su propia jurisdicción especial. Frente al principio de maximización de la autonomía indígena se opone el principio de minimización de las restricciones para concluir, con fundamento en la Sentencia T-1294 de 2005, que, en todo caso, la autonomía “debe comportar el respeto por la Constitución y las leyes de la República”.

Además, se dice que al no haber certeza “de que el resguardo indígena que reclama la competencia para investigar y juzgar a los accionantes, cuente dentro de su estructura con la logística suficiente para hacer efectiva su potestad sancionadora” y de “si cuenta con las reglas o normas a través de las cuales pueda hacer efectiva la misma”, que son condiciones sine qua non para ejercer su competencia, pese al esfuerzo desplegado por el tribunal cuyas providencias se censuran para constatarlas, no era posible dejar el caso en manos de la jurisdicción indígena.

Por lo expuesto, la Sala niega el amparo solicitado.

De esta providencia aclara su voto la Consejera Paulina Canosa Suárez, para señalar que el último punto de la sentencia, relativo a las condiciones para que la jurisdicción indígena pueda conocer del asunto, constituye la ratio decidendi de la Sentencia T-002 de 2012, y debe ser la ratio de la decisión que ahora se adopta.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con

base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36[24].

2. Admisibilidad de la demanda de tutela.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental: Los actores consideran que las providencias del 8 de febrero y del 6 de junio de 2012, proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al definir que corresponde a la jurisdicción ordinaria investigarlos y juzgarlos por la posible comisión de los delitos de desaparición forzada y de homicidio, vulnera sus derechos a un debido proceso, a la defensa, a la libertad y a la igualdad.

2.2. Legitimación por activa: Los ciudadanos José María Dogenesema Dosabia, Rosendo Dosabia Nayasa, José Luis Dogenesema Wasirucama, Arnulfo Dogenesema Wasirucama y Ovidio Dogenesema Wasirucama, están legitimados para presentar la acción de tutela en su condición de miembros del Resguardo Unificado Embera Chamí del Municipio de Mistrató, de enjuiciados en el proceso penal que adelanta la jurisdicción ordinaria y de directamente afectados por las providencias proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

2.4. Inmediatez: Dado que las decisiones objeto de la acción de tutela son del 8 de febrero y del 6 de junio de 2012, y que la correspondiente acción se presentó el 10 de septiembre de 2012, es decir, poco más de tres meses después de haberse proferido la última de ellas, sin descontar el tiempo correspondiente a su notificación, se satisface el requisito de inmediatez.

2.5. Subsidiariedad: Entre otras, en las Sentencias T-806 de 2000[25] y T-002 de 2012[26], se advirtió que las decisiones que definen un conflicto entre jurisdicciones, tomadas por el órgano competente para ello, además de ser vinculantes para las partes como para las autoridades, tienen el carácter de definitivas, inmodificables e inmutables. En vista de que contra estas decisiones no procede recurso alguno[27], si se pretende cuestionarlas por incurrir en vía de hecho o en graves defectos, la Corte precisa que el medio idóneo para hacerlo es la acción de tutela.

3. Problema Jurídico.

La Sala Segunda de la Corte Constitucional resolverá si las providencias del 8 de febrero y del 6 de junio de 2012, proferidas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, al definir que le corresponde a la jurisdicción ordinaria investigar y juzgar a los actores, por la posible comisión de los delitos de desaparición forzada y de homicidio, se enmarcan dentro de los parámetros de las causales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por vulnerar sus derechos a un debido proceso, a la defensa, a la libertad y a la igualdad.

4. Cargo: vulneración de los derechos a un debido proceso, a la defensa, a la libertad y a la igualdad.

4.1. Concepto de inconstitucionalidad en la demanda.

La demanda de tutela señala que las providencias en comento incurren en dos defectos. El primero consiste en que se desconoce el precedente constitucional dado en la Sentencia T-617 de 2010, en el cual, pese a ser la víctima del hecho punible un menor, la Corte consideró que, al tratarse de victimarios indígenas y haberse cometido el delito dentro del ámbito territorial de un resguardo, la tarea de investigar y juzgar esta conducta correspondía a la jurisdicción indígena. El segundo es el de que se hace una interpretación errónea del artículo 246 de la Carta, al que se considera como incompatible con el artículo 44 ibídem, sobre la base de estimar que los derechos del menor y de las víctimas del delito no tendrían garantías suficientes y adecuadas en la jurisdicción indígena.

4.2. Parámetros normativos.

Para juzgar este caso, es menester considerar los siguientes parámetros (i) la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales (arts. 86, 241 C.P.); (ii) la jurisdicción indígena en la Ley Estatutaria sobre Administración de Justicia (arts. 11 y 12); (iii) el sentido, alcance y límites de la jurisdicción indígena (art. 246 C.P.); (iv) y la prohibición explícita de que los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada sean juzgados por jurisdicciones especiales (artículo 93 de la Constitución Política y artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la Ley 707 de 2001).

4.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Reiteración de

jurisprudencia.

En repetidas oportunidades[28] este tribunal ha reiterado que la acción de tutela procede contra providencias judiciales. Este aserto se funda en el artículo 86 de la Constitución, al tenor del cual la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública cuando se haya vulnerado o se amenace con vulnerar derechos fundamentales. Como intérprete autorizada de la Constitución y guardián de su integridad (art. 241 C.P.), la Corte ha desarrollado una consistente doctrina sobre esta materia, sobre la base de un equilibrio adecuado entre los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, por una parte, y la prevalencia y efectividad de los derechos constitucionales, por otra[29].

La acción de tutela contra providencias judiciales es un mecanismo idóneo para garantizar la primacía y la efectividad de los derechos constitucionales, de manera acorde con lo previsto en la Constitución (art. 86) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 25), en tanto constituye un recurso efectivo para su protección[30]. Esta acción, además, permite el ejercicio de una función imprescindible en un Estado Democrático y Social de Derecho, como es la de unificar la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales[31]. Esta unificación permite precisar el alcance y sentido de los derechos y, al hacerlo, asegura la aplicación igual de las normas que los reconocen, con la seguridad jurídica y la justicia material que de ello se sigue[32].

Como se dejó en claro en la Sentencia C-713 de 2008, al analizar la exequibilidad del proyecto que a la postre sería la Ley 1285 de 2009, modificatoria de la Ley 270 de 2006, Estatutaria de la Administración de Justicia, la acción de tutela procede “contra todo tipo de providencias judiciales, en particular contra las sentencias de los órganos máximos de las jurisdicciones ordinaria, contencioso administrativa y jurisdiccional disciplinaria”. Frente al argumento de que la acción de tutela vulnera los principios de seguridad jurídica y de autonomía funcional del juez, este tribunal puso de presente, a partir de lo dicho en la Sentencia C-590 de 2005, que:

“El argumento según el cual la tutela contra sentencias de última instancia afecta la distribución constitucional de competencias entre las altas Cortes y, en particular, la naturaleza de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado como “órganos de cierre” de la respectiva jurisdicción, es falso, pues el juez constitucional no tiene facultades

para intervenir en la definición de una cuestión que debe ser resuelta exclusivamente con el derecho ordinario o contencioso. Su papel se reduce exclusivamente a intervenir para garantizar, de manera residual y subsidiaria, en los procesos ordinarios o contencioso administrativos, la aplicación de los derechos fundamentales, cuyo intérprete supremo, por expresa disposición de la Constitución, es la Corte Constitucional.”

De manera acorde con el equilibrio adecuado entre principios, al que se alude atrás, este tribunal ha forjado una doctrina sobre causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales[33]. El temor que existe ante el posible riesgo que genera la acción de tutela contra providencias judiciales a los principios de cosa juzgada, autonomía e independencia judicial, manifestado por algunos operadores jurídicos, es infundado. Y lo es, porque parte de una visión incompleta de la jurisdicción constitucional. En efecto, este tribunal ha distinguido dos sentidos de la jurisdicción constitucional: el orgánico y el funcional[34]. Según el primer sentido, la jurisdicción constitucional está conformada sólo por la Corte Constitucional. Según el segundo sentido, la jurisdicción constitucional está conformada por todos los jueces de la República, sean individuales o colegiados, en tanto tienen competencia para conocer de acciones de tutela y pueden ejercer el control de constitucionalidad difuso de las normas infra constitucionales, por medio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4 C.P.). La acción de tutela contra providencias judiciales y, por tanto, la actuación de la jurisdicción constitucional se restringe a los asuntos de relevancia constitucional y a la protección efectiva de los derechos fundamentales, y no a problemas de carácter legal.

Las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, se concretan en dos tipos de exigencias o requisitos, conforme se señala y se precisa en la Sentencia C-590 de 2005, y según pasa a verse enseguida.

El primer tipo de exigencias o requisitos, denominado requisitos formales o causales genéricas, está integrado por seis elementos, a saber: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional[35]; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir a la acción de tutela, salvo que se trate de evitar un perjuicio irremediable[36]; (iii) que la acción se presente de manera inmediata en el tiempo, conforme a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad; (iv) que, si se trata de una irregularidad procesal, esta tenga incidencia

directa en la decisión que vulnera los derechos fundamentales, valga decir, que su efecto sea crucial o determinante; (v) que el actor identifique de manera razonable los hechos que generan la violación y que, en caso de haber sido posible, esta circunstancia haya sido alegada al interior del proceso; y (vi) que no se trate de sentencias de tutela[37].

El segundo tipo de exigencias o requisitos, denominado requisitos sustanciales o materiales o causales específicas, está integrado por ocho elementos, a saber: (i) defecto orgánico: se presenta cuando el juez que profirió la providencia carezca absolutamente de competencia para ello; (ii) defecto procedimental absoluto: ocurre cuando el juez se aparta por completo del procedimiento establecido[38]; (iii) defecto fáctico: surge cuando la aplicación del supuesto legal en el cual se sustenta la decisión carece de apoyo o soporte probatorio; (iv) defecto material o sustantivo: se configura en aquellos casos en los cuales el juez decide con base en normas inexistentes o inexequibles, o cuando las providencias judiciales presenten una evidente y grosera contradicción entre sus fundamentos y su decisión[39]; (v) error inducido -conocido también como vía de hecho por consecuencia-: acontece cuando a pesar del obrar razonable y ajustado a derecho del juez, su decisión se afecta por el engaño de terceros, por fallas estructurales en la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público[40]; (vi) decisión sin motivación: se da cuando el juez incumple su deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos que soportan su decisión[41]; (vii) desconocimiento del precedente constitucional: aparece cuando la Corte establece el alcance de un derecho fundamental y el juez aplica la ley limitando de manera sustancial dicho alcance[42]; (viii) y violación directa de la Constitución: se realiza cuando el juez da alcance a una disposición normativa contraria a la Constitución[43], o cuando el juez no ejerce el control de constitucionalidad difuso, vía excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente la inconstitucionalidad de la norma aplicable y a que lo haya solicitado alguno de los sujetos procesales[44].

4.3.1. Breve caracterización de la causal específica de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales por desconocimiento del precedente constitucional.

En numerosas ocasiones este tribunal se ha ocupado de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano y sobre el rol del precedente judicial en el ejercicio de la función administrativa y judicial[45]. Para fines de caracterizar la causal específica de procedencia de la acción de tutela por desconocimiento

del precedente judicial, conviene hacer varias precisiones, como se hace enseguida.

De las tres clases de elementos que conforman una decisión judicial: *decisum*, *ratio decidendi* y *obiter dicta*, este tribunal precisó en la Sentencia SU-047 de 1999, y reiteró en la Sentencia T-292 de 2006, que sólo los dos primeros tienen valor normativo. En este contexto, el precedente judicial se define como “aquel antecedente del conjunto de sentencias previas al caso que se habrá de resolver que por su pertinencia para la resolución de un problema jurídico constitucional, debe considerar necesariamente un juez o una autoridad determinada, al momento de dictar sentencia”.

En la Sentencia T-1317 de 2001, reiterada en las Sentencias T-1093 y T-1095 de 2012, se señala que una sentencia antecedente o previa es relevante para resolver un caso, cuando presenta alguno de los siguientes aspectos (o todos ellos): (i) su *ratio decidendi* contiene una regla relacionada con el caso posterior; (ii) esta *ratio* debió servir de base para resolver un problema jurídico semejante o una cuestión constitucional semejante a la que se estudia en el caso posterior; (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas son semejantes o plantean un punto de derecho semejante al que debe resolverse en el caso posterior. Frente al precedente judicial es necesario aplicar la técnica de la distinción, valga decir, si se está ante situaciones similares, pero sus hechos determinantes no concuerdan, el juez puede considerar como no vinculante el precedente.

Tanto en las decisiones de constitucionalidad como en las decisiones de tutela este tribunal, en tanto guardián de la Carta y garante de su supremacía normativa, interpreta el texto de la Constitución con efectos vinculantes.

El *decisum* de los fallos de constitucionalidad tiene efectos *erga omnes* y genera cosa juzgada constitucional, de suerte que el contenido normativo que se declara inexecutable no puede reproducirse por ninguna autoridad (art. 243 C.P.). La *ratio decidendi* de estos fallos, contenida en su parte motiva, en tanto corresponde al fundamento con arreglo al cual se resuelve los problemas jurídicos estudiados, debe ser atendida por todas las autoridades, pues se trata del parámetro constitucional relevante, como se advierte, por ejemplo, en los casos en los que se configura el fenómeno de cosa juzgada material[46].

Respetar la *ratio decidendi* de los fallos de tutela es un presupuesto necesario para asegurar la igual aplicación de las normas jurídicas; constituye una exigencia del principio

de confianza legítima; implica la garantía adecuada del carácter normativo de la Constitución y de la efectividad de los derechos fundamentales; y asegura la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico[47].

En este contexto, la Corte ha precisado que el carácter vinculante del precedente constitucional puede desconocerse de cuatro maneras: (i) al aplicar normas declaradas inexequibles en fallos de constitucionalidad; (ii) al aplicar disposiciones legales cuyo contenido normativo ha sido encontrado contrario a la Constitución; (iii) al contrariar la ratio decidendi de las sentencias de constitucionalidad; y (iv) al desconocer el alcance de los derechos fundamentales fijado por la Corte en la ratio decidendi de sus sentencias de tutela[48]. No obstante, este tribunal reconoce que el juez puede apartarse del precedente jurisprudencial, siempre y cuando advierta su existencia y justifique separarse de él con razones fundadas, que satisfagan la carga argumentativa de demostrar que el precedente, en todo o en parte, es contrario a la Constitución[49].

El defecto sustantivo se presenta cuando la providencia judicial incurre en un yerro trascendente, cuyo origen se encuentra en el proceso de interpretación y de aplicación de las normas jurídicas. No se trata, pues, de un yerro cualquiera, sino que es menester que sea de tal entidad que pueda obstaculizar o lesionar la efectividad de los derechos fundamentales[50].

En la práctica judicial, este tribunal ha encontrado cuatro hipótesis en las cuales se configura el defecto sustantivo, a saber: (i) cuando la norma aplicable es claramente inadvertida o no tomada en cuenta por el juez[51]; (ii) cuando la decisión se apoya en una norma claramente inaplicable[52], sea por haber sido derogada, sea por haber sido declarada inexequible, sea porque resulta claramente inconstitucional y el juez no dejó de aplicarla en ejercicio del control de constitucionalidad difuso, por medio de la excepción de inconstitucionalidad, o sea por no adecuarse a los supuestos de hecho del caso; (iii) cuando la providencia judicial desconoce sentencias con efecto erga omnes; y (iv) cuando la aplicación de la norma jurídica, derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable.

La última de las hipótesis es la más restringida, pues la interpretación de la ley corresponde

de manera principal al juez del caso, en ejercicio de los principios de independencia y autonomía judicial. Si bien estos principios son muy importantes, en todo caso no son absolutos[53]. Y no lo son porque existen otros principios, como los de la supremacía de la Constitución, la primacía de los derechos humanos, la eficacia de los derechos fundamentales, la legalidad y la garantía del acceso a la justicia, que ameritan un ejercicio ponderado y, cuando se trata de una interpretación abiertamente irrazonable, activan la competencia del juez constitucional.

La ley no puede interpretarse de manera aislada a la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse a partir y conforme a la Constitución, que es la norma suprema y, en tanto tal, la que da unidad y coherencia al ordenamiento jurídico[54]. La hermenéutica jurídica es una disciplina compleja, que admite respecto de ciertos textos lecturas razonables diversas. Sin embargo, existen ciertas hipótesis, en las cuales la interpretación resulta irrazonable, al punto de configurar un defecto sustantivo. Estas hipótesis son: (i) cuando, de manera protuberante, se otorga a la disposición jurídica un sentido y un alcance que no tiene, valga decir, se pretende desprender una norma jurídica de un contenido normativo que no la prevé, de manera contraria a la lógica y a las reglas de la experiencia[55]; y (ii) cuando se le da a la disposición jurídica un sentido y un alcance que sí puede tener, pero que en realidad resulta contraria a la Constitución o conduce a resultados desproporcionados[56].

4.4. La jurisdicción indígena en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

El artículo 11 del texto original de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, relativo a los órganos que constituyen la Rama Judicial del Poder Público, incluye a la jurisdicción de las comunidades indígenas en su literal e). Este texto no fue modificado por la Ley 585 de 2000 ni por el Decreto 2637 de 2004 -que fue declarado inexecutable en la Sentencia C-672 de 2005-. No obstante, al estudiar el proyecto que a la postre será la Ley 1285 de 2009, que modifica la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en la Sentencia C-713 de 2008, este tribunal declaró inexecutable el referido literal e), por considerar que:

“6. En cuanto a la jurisdicción de las comunidades indígenas, cabe reconocer que sus autoridades están constitucionalmente avaladas para administrar justicia. Ello se finca en el

reconocimiento de su autonomía para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, es decir, “de conformidad con sus propias normas y procedimientos” (art. 246 CP), en la diversidad étnica y cultural (art. 7 CP) y en el respeto al pluralismo y la dignidad humana (art. 1 CP).

Desde el punto de vista funcional la jurisdicción indígena hace parte de la rama judicial; por ello no sólo es razonable sino jurídicamente exigible que el Consejo Superior de la Judicatura promueva labores de divulgación y sistematización de asuntos relativos a la jurisdicción indígena.

Sin embargo, la Corte considera necesario precisar que las autoridades indígenas no pertenecen a la estructura orgánica de la Rama Judicial del poder público, como en repetidas oportunidades lo ha puesto de presente la jurisprudencia de esta Corporación[57]. En consecuencia, deberá declarar la inexecutable del literal e) del numeral I del artículo 3º del proyecto, pues la norma está referida a la estructura orgánica de la rama judicial.”

Ante la circunstancia de que la jurisdicción indígena sí hace parte de la Rama Judicial, pero no pertenece a su estructura orgánica, es menester precisar de qué manera la jurisdicción indígena hace parte de la Rama Judicial. La respuesta la brinda el inciso segundo del artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que regula el ejercicio de la función jurisdiccional por la Rama Judicial, al prever, de manera acorde con la propia Constitución[58], que la jurisdicción indígena es una jurisdicción especial, junto a las jurisdicciones penal militar y de paz. Este inciso fue declarado executable en la Sentencia C-713 de 2008, bajo el entendido de que “la competencia residual de la jurisdicción ordinaria no comprende los asuntos de orden constitucional que por su naturaleza corresponden a la Corte constitucional. Así mismo, en el entendido de que la Fiscalía General de la Nación ejerce excepcionalmente función jurisdiccional, y que la penal militar y la indígena ejercen función jurisdiccional pero no hacen parte de la rama judicial”.

Antes de haber sido modificado por el artículo 5 de la Ley 1285 de 2009, el texto del artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia contenía otro inciso: el quinto, que también era relevante para establecer el rol de la jurisdicción indígena dentro de esta ley. Dicho inciso decía:

“Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.”

Al examinar la constitucionalidad de este inciso que hacía parte del proyecto que luego será la Ley 270 de 1996, en la Sentencia C-037 de 1996, dijo la Corte:

“En cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades de los territorios indígenas de que trata el inciso quinto del artículo bajo examen, la norma no hace sino reiterar lo consagrado en el artículo 246 de la C.P., en concordancia con los artículos 86 y 287 de la misma, precisando que dicha función se ejerce únicamente dentro del ámbito de su territorio. Dentro de ese orden de ideas, puede decirse entonces que, de acuerdo con lo establecido por esta Corporación, tanto el juez de la República como la autoridad indígena adquieren por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguardia de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen, la lengua o la religión.

De igual forma, considera la Corte que la distribución de competencias entre las autoridades que pueden administrar justicia es, en principio, atribución exclusiva del legislador ordinario, salvo que el Constituyente, de manera expresa, haya reservado el conocimiento de algunos asuntos a ciertas corporaciones judiciales. En consecuencia, es dentro de estos términos que debe interpretarse la facultad que le asigna el inciso quinto del artículo bajo examen a las autoridades indígenas para ejercer el control sobre los actos que ellas profieran.

Bajo estas condiciones, el inciso quinto será declarado exequible.”

4.5. Sentido, alcance y límites de la jurisdicción indígena. Reiteración de jurisprudencia.

4.5.1. La decisión de castigar el delito de hurto, cometido por un indígena, con su expulsión y la de su familia, tomada por la comunidad de la que forma parte, brinda a este tribunal una de las primeras oportunidades para ocuparse de la jurisdicción indígena, como lo hace

en la Sentencia T-254 de 1994. Al analizar la compleja relación entre el régimen unitario y la autonomía indígena, que se armoniza bajo el concepto de diversidad en la unidad, la Corte advierte que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas se debe ejercer “de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley (CP arts. 246, 330), de forma que se asegure la unidad nacional”. Desde esta sentencia la Corte advierte que “el ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que lo habilite”.

La existencia de una jurisdicción especial indígena plantea un problema en las fuentes del derecho entre la jerarquía de la ley y la de las costumbres y usos indígenas. Este problema se resuelve por la Corte con la condición de que dichas costumbres y usos no pueden ser contrarios a la Constitución y a la ley. Para resolver en la práctica los problemas de aplicación normativa, este tribunal planteó los siguientes criterios: (i) a mayor conservación de los usos y de las costumbres, mayor autonomía[59]; (ii) los derechos fundamentales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares[60]; (iii) las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural[61]; y (iv) los usos y costumbres de las comunidades indígenas priman sobre las normas legales dispositivas[62].

4.5.3. En la Sentencia T-496 de 1996 se hace un recuento de la situación de los indígenas en nuestro derecho, desde la Ley 11 de 1821 hasta el Código Penal vigente en ese año: el Decreto Ley 100 de 1980, en los siguientes términos:

“2.3. El Indígena ante el Régimen Penal

2.3.1. Antecedentes legislativos

Tradicionalmente, el indígena era considerado como un menor de edad, un salvaje que por su clara posición de inferioridad ante el hombre blanco debía ser civilizado y sometido a una tutela paternalista. Dentro de esta perspectiva fueron promulgadas normas como la Ley 11 de 1821 que lo exoneraba de los costos que suponía un proceso, asimilándolo “a los demás ciudadanos considerados en la clase de miserables”; o la Ley 153 de 1887 que establecía, entre otras disposiciones, que los “bárbaros” que hubieran sido condenados a pena corporal y durante el cumplimiento de ésta fueran catequizados y bautizados, podrían pedir rebaja

de pena.

La ley 89 de 1890, reafirmó la idea de minusvalía de estos pueblos, pero abrió la posibilidad de una legislación especial para los indígenas “que fueran reduciéndose a la vida civilizada”. Para ello creó un fuero legislativo especial, cuya titularidad correspondía al gobierno y a la autoridad eclesiástica. Por lo tanto, se entendía que las leyes de la república no serían aplicadas a los indígenas, si no que estas comunidades debían quedar sujetas al régimen de misiones y a los convenios que celebraran el gobierno y la autoridad eclesiástica. Además se otorgó competencia a los cabildos indígenas para sancionar con penas correccionales, las faltas que cometieran sus miembros contra la moral.[63]

Posteriormente fue expedida la ley 72 de 1892, que delegó a los misioneros facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal o judicial frente a los indígenas que fueran abandonando el estado “salvaje”.

Ahora bien, frente a estas dos últimas leyes surgió un conflicto de interpretación, pues como las únicas conductas que podían juzgar las autoridades indígenas (cabildos), eran los actos contra la moral (art. 5 de la Ley 89 de 1890), se entendía que los indígenas responderían por los delitos comunes ante los jueces ordinarios. Sin embargo, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 89 de 1890 y art. 2 de la Ley 72 de 1892, en estos casos las conductas no debían ser analizadas a la luz de las leyes penales, pues éstas no podían ser aplicadas a los indígenas, sino a través de los regímenes de misiones y convenios del Gobierno con la autoridad eclesiástica.

Otro conflicto surgió con la expedición del anterior Código Penal (Ley 95 de 1936), que establecía la aplicación de la ley penal a todos los habitantes del territorio nacional, y dentro de ellos, obviamente se entendían incluidos los indígenas. Las inconsistencias señaladas, llevaron a la Corte Suprema de Justicia a emitir decisiones encontradas. Por ejemplo, en julio de 1948, admitió la competencia de los misioneros para juzgar a los indígenas, argumentando que tanto la ley 89 como la ley 72 se encontraban vigentes; y en fallo de mayo de 1970, señaló que no existía autoridad para juzgarlos y que no cabría la aplicación de la ley penal, ni la de ninguna otra norma.

Ahora bien: en los proyectos previos al Código de 1980, era evidente la preocupación del legislador por regular la conducta de quien siendo indígena, cometiera un hecho delictuoso,

debido a su particular cosmovisión. Sin embargo, la solución se inclinaba a declarar al indígena como inimputable. Por ejemplo, el anteproyecto de 1974 sostenía la inimputabilidad del indígena, en una norma penal especial, independiente de las categorías de trastorno mental e inmadurez psicológica, pero limitando esta calificación del sujeto a las circunstancias particulares del caso. El proyecto de 1976, en cambio, estableció una presunción general, en el sentido de que todos los indígenas no integrados a la colectividad debían ser considerados como inimputables.

Aunque en el texto del actual Código Penal no se establecieron precisiones casuísticas sobre los sujetos que debían ser considerados como inimputables, en el artículo 96 se hizo una única referencia concreta a los indígenas: ... “Cuando se tratare de indígena inimputable por inmadurez psicológica, la medida consistirá en la reintegración a su medio ambiente natural”. (Negrillas fuera del texto).”

En esta sentencia se propone la noción de fuero indígena, como una expresión del derecho colectivo de las comunidades indígenas a mantener su singularidad. Este derecho colectivo “puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta”. Del hecho de que un indígena esté involucrado en una conducta criminal no se sigue, de manera necesaria, que sea la jurisdicción indígena la competente para conocer de ella. En vista de esta circunstancia, la Corte señala que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: (i) el personal, según el cual el indígena debe ser juzgado con las normas y por las autoridades de su propia comunidad; y (ii) el geográfico, según el cual la comunidad indígena puede juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio.

4.5.4. En los años siguientes la doctrina se fue consolidando a partir de múltiples decisiones de tutela[64] y de constitucionalidad[65]. Del amplio grupo de sentencias referidas, por su relevancia para el caso, se traerá a cuento más en detalle las Sentencias T-009 de 2007, C-882 de 2011 y T-523 de 2012.

4.5.5. En la Sentencia T-009 de 2007, al estudiar una acción de tutela contra una providencia proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior, se puede ver como la doctrina sobre fuero indígena se desarrolla, a partir de sentencias como la T-552 de 2003 y la T-1238 de 2004, para considerar tres elementos, un ámbito, un factor y

una condición. Los elementos son: (i) el humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable en razón de su origen étnico y de la persistencia diferenciada de su identidad cultural; (ii) el orgánico, dado por la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan funciones de control social en el seno de las comunidades; y (iii) el normativo, conforme al cual la comunidad debe regirse por un sistema jurídico propio, a partir de sus usos y costumbres tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental. El ámbito es el geográfico, relativo al territorio. Y el factor es el de congruencia, en la medida en que el orden jurídico de las comunidades no puede ser contrario a la Constitución o a la ley. La condición es la de que la comunidad indígena manifieste su voluntad de conocer el caso.

4.5.6. En la Sentencia C-882 de 2011, la jurisdicción indígena se analiza a partir de tres preguntas: (i) ¿cuáles son las normas y procedimientos propios de las comunidades indígenas?, valga decir, ¿qué es el derecho propio?; (ii) ¿en qué casos las comunidades indígenas pueden administrar justicia?; y (iii) ¿cuáles son los límites del ejercicio de la jurisdicción por las comunidades indígenas? La respuesta a las anteriores preguntas fue:

“2.6.2.1. La noción de derecho propio

El concepto de derecho propio es mucho más amplio que el concepto de Derecho de la tradición jurídica occidental; como señalan algunos doctrinantes, pues “(...) el fenómeno jurídico [indígena] está integrado por una realidad más amplia: el papel de los sueños, los ritos, los mitos, los consejos, el arreglo directo entre las partes, el ejemplo, la conciliación, las mediaciones chamánicas son, entre otros, elementos de la experiencia jurídica indígena (...)”.[66]

En un comienzo, la Corte adoptó una concepción restringida del derecho propio indígena que ignora la dinámica de las culturas. Así, en la sentencia T-254 de 1994[67], identificó el derecho propio únicamente con la normativa ancestral, es decir, las reglas de tiempo atrás que una comunidad utiliza para dirimir sus conflictos; por ello la Corte ligó el grado de autonomía en temas jurisdiccionales al grado de mantenimiento de usos y costumbres ancestrales por las comunidades indígenas y fijó la siguiente regla: “A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía”.

En sentencias más recientes, la Corte ha ampliado su concepción del derecho propio; el derecho propio ahora es entendido por la Corte como la normativa que surge en el seno de

las comunidades, por oposición al derecho que se les impone desde afuera. Esta idea de derecho propio puede abarcar construcciones jurídicas influenciadas por el derecho estatal y otras tradiciones jurídicas, en virtud del reconocimiento del carácter dinámico de la cultura.[68]

(...)

2.6.2.2. Criterios para determinar en qué casos las comunidades indígenas pueden administrar justicia

En relación con el alcance de la jurisdicción especial indígena, la Corte se ha enfocado en la definición de los casos en los que las comunidades pueden ejercer jurisdicción y los límites del ejercicio de jurisdicción.

Sobre la primera cuestión, es decir, los casos en los que las comunidades pueden ejercer jurisdicción, la Corte ha acudido a los tres criterios tradicionales empleados en el derecho para determinar la competencia: (i) el criterio personal, (ii) el criterio territorial y (iii) el criterio objetivo o de la materia. En cada caso es necesario examinar la presencia de alguno o varios de estos criterios -aunque no es necesario que siempre concurren los tres- y la importancia que el factor cultural tiene.[69]

Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. El fuero de jurisdicción garantiza el respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas.[70] No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres.

El factor territorial, de otra parte, permite que cada comunidad juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo.[71] La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada, con vocación de pertenencia sobre la

tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura.

El factor objetivo, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de su derecho propio.[72]

Sin embargo, estos criterios no son absolutos; por ejemplo, (i) en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.[73] (ii) De igual forma, como en el caso analizado en la sentencia T-496 de 1996[74], es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria.[75] (iii) También es posible, como en el caso examinado en la sentencia T-1238 de 2004[76], que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma.[77]

2.6.2.3. Límites del ejercicio de la jurisdicción por las comunidades indígenas

En relación con la tercera cuestión, esta es, los límites de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha adoptado varios criterios:

En primer término, ha defendido una teoría de mínimos en términos de derechos humanos que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos.[78] Una de las primeras oportunidades en las que la Corte se pronunció sobre tales mínimos fue en la sentencia T-349 de 1996[79], al revisar la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena embera-chamí contra las autoridades del cabildo, por imponerle una pena de 20 años por el homicidio de otro indígena, en su concepto, con desconocimiento del debido proceso. La Corte consideró en este fallo que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor -uno de los derechos

mínimos que limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción no previsible.

Reiterando la sentencia T-349 de 1996, en la SU-510 de 1998[80], cuyos antecedentes ya fueron reseñados, la Corte precisó que aquellos bienes más preciados para el hombre y que representan el límite de la jurisdicción especial indígena están constituidos "(...) por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29)." Al respecto, la Corte explicó:

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

La Corte ha tutelado en varias ocasiones este núcleo duro de derechos humanos vulnerados a miembros de comunidades indígenas. La jurisprudencia ha sido particularmente numerosa en materia de debido proceso. Por ejemplo, en la sentencia T-048 de 2002[81], la Corte conoció de un caso en el que el tutelante era un indígena de la comunidad Los Ángeles - Las Vegas del municipio de Natagaima, quien alegaba que el Cabildo le había vulnerado su derecho al debido proceso al expulsarlo de la comunidad a raíz de un proceso que nunca conoció y en el que no tuvo la oportunidad de ejercer su derecho a la defensa. La Corte determinó que el Cabildo había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que "(...) lo sancionó i) sin seguir el procedimiento que para el efecto prevé su propio reglamento interno-requerimiento, amonestación y decisión unánime de la asamblea-por su inasistencia

a las reuniones y los trabajos comunitarios-, ii) sin investigar las nueve acusaciones que le fueron formuladas, por faltas que habría cometido en ejercicio de su cargo de gobernador del cabildo, y iii) sin haberle dado la oportunidad de explicar su conducta.” La Corte reiteró las reglas ya establecidas sobre los límites a la jurisdicción indígena, en cuanto al respeto a la legalidad de los procedimientos internos de cada comunidad. [82]

Posteriormente, en la sentencia T-811 de 2004[83], la Corte revisó el caso de un indígena que alegaba que se le había vulnerado su derecho al debido proceso, ya que -aseguraba- había sido condenado por el homicidio de otro indígena, pese a que su conducta, empezar una riña, no constituía un delito penalizado ni en su comunidad ni en la jurisdicción ordinaria. La Corporación encontró que las autoridades sí habían violado el derecho al debido proceso al condenar al tutelante por un acto que no cometió y reiteró que el derecho a la legalidad de los procedimientos constituyó un límite al ejercicio de la jurisdicción indígena[84].

No obstante, en materia de debido proceso, la Corte también ha establecido que no puede exigirse al derecho propio de las comunidades estructurarse igual que el derecho nacional en términos de las exigencias de los principios de tipicidad, legalidad del procedimiento y la sanción, y juez natural. Para la Corte, estos principios se garantizan si las conductas sancionables, el procedimiento y las sanciones a imponer son previsibles. Por ejemplo, en la sentencia T-552 de 2003[85], la Corte conoció la tutela que el Gobernador del Resguardo de Caquiona (etnia Yanacona) de Cauca interpuso contra el Consejo Superior de la Judicatura, bajo el argumento de que había violado los derechos al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural de la comunidad, al dirimir un conflicto de competencias a favor de la justicia ordinaria en el proceso que se seguía contra un miembro de la comunidad por los delitos de porte ilegal de armas y homicidio. El Consejo Superior de la Judicatura consideró que la jurisdicción competente era la ordinaria, a pesar de que el sindicado era indígena, el delito se había cometido contra otro indígena y en territorio de la comunidad, debido a que la comunidad no contemplaba en su derecho propio esas conductas como delitos ni tenía un procedimiento establecido de antemano para juzgarlas.[86] La Corte consideró que dicha decisión constituía una vía de hecho por indebida aplicación de la ley.

Luego, en la sentencia T-009 de 2007[87], la Corte precisó que no es necesario que las

comunidades tengan jueces especializados –como los jueces laborales- para dirimir las controversias que se suscitan a su interior. En este fallo, la Corte conoció el caso de un indígena que laboró como conductor de un camión de la comunidad y que a la finalización de su contrato interpuso una demanda contra la misma por el pago de las acreencias laborales. El Tesorero del Cabildo propuso un conflicto de jurisdicciones para que el asunto fuera remitido a la Jurisdicción Especial Indígena. La petición fue negada por el juez de instancia y se ordenó continuar con el trámite del proceso, por cuanto consideró que la comunidad no contaba con una jurisdicción laboral especial. La Corte afirmó que la posición del juzgado de reprochar que en el Cabildo no existieran jueces especializados en lo laboral para dirimir el conflicto ni tampoco tribunales autónomos y con independencia de la asamblea de la comunidad, imponía la visión jurídica occidental, al igual que las formas de organización y control occidentales.

En relación con la prohibición de tortura y de penas y tratos crueles e inhumanos, la jurisprudencia constitucional ha sido restringida y se ha inclinado por proteger la autonomía de las comunidades para fijar sanciones. En pocas ocasiones se han concedido tutelas por violación de esta garantía. Por ejemplo, en la sentencia T-254 de 1994[88], la Corte tuteló los derechos de un indígena de la Comunidad de El Tambo y su familia, quienes habían sido condenados a expulsión por la “supuesta” comisión del delito de hurto por el primero, y despojados de una parcela adjudicada por la misma comunidad. A juicio de la Corte, un límite constitucional explícito al ejercicio de la potestad punitiva por parte de las autoridades de los pueblos indígenas, lo constituye la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación. Luego, en la sentencia T-030 de 2000[89], la Corte tuteló el derecho de dos niños gemelos de la comunidad U’WA, quienes habían sido entregados al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar por sus padres porque los U’WA repudian los nacimientos múltiples, ya que consideran que “contaminan” su comunidad. La Corte ordenó a la institución de protección familiar continuar el proceso de definición de la situación de los niños.[90]

En la mayoría de los casos, la Corte ha avalado las sanciones impuestas por las comunidades a sus miembros. En la sentencia T-1294 de 2005[91], la Corte conoció el caso de un indígena de la comunidad de Pioyá que había sido condenado por la comunidad a 40 años de prisión por el delito de homicidio. El tutelante consideraba que se le había violado su derecho a una pena justa y razonable al no imponérsele una pena que se

encontrara dentro de los límites de la legislación colombiana. La Corte reiteró el principio de maximización de la autonomía y de minimización de las restricciones, y consideró que la pena impuesta por el Cabildo no había vulnerado derecho fundamental alguno del demandante y que su actuación se encontraba ajustada a los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena, al igual que a los usos y costumbres de la comunidad.

En segundo término, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”[92] Como se indicó en la sentencia T-514 de 2009[93], el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, que son solamente los delimitados en las sentencias antes analizadas. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas. La definición de los contenidos no limitables depende de la ponderación que se lleve a cabo en cada caso, como se explicó en la sentencia citada en líneas anteriores:

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

4.5.7. En la Sentencia T-523 de 2012, una de las más recientes sobre esta materia, la Corte retoma los criterios para resolver en la práctica los problemas de aplicación normativa[94], y plantea los siguientes criterios: (i) maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de sus restricciones; (ii) mayor autonomía a mayor conservación de los usos y costumbres propios; (iii) mayor autonomía para la decisión de los conflictos internos; (iv) primacía de los derechos fundamentales constitucionales en tanto mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares; (v) primacía de las normas legales imperativas de la República si protegen un valor constitucional al de la diversidad cultural; (vi) primacía de los usos y costumbres indígenas sobre las normas legales dispositivas; y (vii) necesidad de adoptar un enfoque casuístico que responda a las especificidades de cada

caso concreto.

4.6. Prohibición explícita de que los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada sean juzgados por jurisdicciones especiales.

4.6.1. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belén do Pará el 9 de junio de 1994 y aprobada por la Ley 707 del 28 de noviembre de 2001, dispone en su artículo IX lo siguiente:

“Los presuntos responsables de los hechos constitutivos del delito de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar.

Los hechos constitutivos de la desaparición forzada no podrán considerarse como cometidos en el ejercicio de las funciones militares.

No se admitirán privilegios, inmunidades, ni dispensas especiales en tales procesos, sin perjuicio de las disposiciones que figuran en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.”

4.6.2. En la Sentencia C-580 de 2002 este tribunal declaró exequibles tanto la convención como su ley aprobatoria. Al analizar el artículo IX de la convención, en cuanto atañe a las jurisdicciones especiales y, dentro de ellas, a la jurisdicción indígena, dijo la Corte:

“El artículo 9 establece que los hechos constitutivos del delito no podrán considerarse cometidos en ejercicio de funciones militares y que las personas acusadas de desaparición forzada sólo podrán ser juzgados por la justicia ordinaria, y prohíbe que lo sean por parte de cualquier jurisdicción especial, particularmente la militar.

(...)

Aun así, podría encontrarse reparo a la norma, pues no sólo se refiere a la justicia militar, sino que extiende la prohibición a toda jurisdicción especial. Ahora bien, aparte de las autoridades administrativas y de los particulares que cumplen funciones jurisdiccionales de manera transitoria, las jurisdicciones especiales que consagra la Constitución son aquellas que no hagan parte de la jurisdicción ordinaria. En particular, la jurisdicción penal militar, la

jurisdicción indígena y los jueces de paz.

(...)

En relación con la proscripción de la jurisdicción indígena para conocer del delito de desaparición forzada, tampoco observa la Corte que exista reparo de constitucionalidad, pues según el artículo 246 constitucional, corresponde precisamente al legislador establecer “las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Por lo anterior, la exclusión de las demás jurisdicciones especiales tampoco merece reproche constitucional.”

En la sentencia en comento, al estudiar de manera general el convenio, también se analizó si las garantías adicionales de la convención, “que no estén expresas en la Carta Política o adscritas directamente a ella”, hacen parte del bloque de constitucionalidad. El análisis de esta cuestión se presentó en los siguientes términos:

“Por otra parte, vale la pena resaltar que la Convención, si bien no pretende propiamente definir o regular el contenido y alcance de tales derechos, sí impone ciertos deberes a los Estados, como sujetos obligados a protegerlos. Por otra parte, la misma Convención afirma que los Estados no pueden eximirse de cumplir tales deberes en ningún caso, y que el delito no es aceptable ni siquiera durante los estados de excepción.

A pesar de que la presente Convención no constituye en estricto sentido un tratado de derechos humanos sino más bien un mecanismo de erradicación del delito, comparte con aquellos el mismo fin protector de los derechos esenciales de las personas.[95] En tal medida, puede afirmarse que desde un punto de vista teleológico la Convención reconoce los derechos humanos y establece mecanismos que contribuyen en gran medida a su protección.

Por lo tanto, de conformidad con el artículo 93 de la Carta,[96] en concordancia con el artículo 94,[97] aquellas garantías adicionales de la Convención, que no estén expresas en la Carta Política o adscritas directamente a ella, hacen parte del bloque de constitucionalidad[98] *latu sensu*.[99] Es decir, constituyen parámetros para la

interpretación de los alcances del artículo 12 constitucional.[100]”

Además de la referida convención interamericana, se debe tener en cuenta la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada en Nueva York el 20 de diciembre de 2006 y aprobada por la Ley 1418 del 1 de diciembre de 2010[101]. Esta norma no contiene una prohibición explícita similar a la del artículo IX de la convención interamericana, pero tampoco resulta incompatible con ella. En su redacción no se busca regular el tema del conflicto interno entre las jurisdicciones sino el trabajo coordinado entre las jurisdicciones de varios Estados, al punto de fijar pautas precisas en materia de extradición y de juzgamiento del delito.

4.7. Caso concreto.

Para resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar es menester verificar las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. En caso de superarse esta verificación, se debe proceder a verificar las dos causales específicas de procedibilidad indicadas por los actores: la de haberse desconocido el precedente constitucional y la de haberse incurrido en un defecto sustantivo, por interpretación irrazonable de la Constitución.

4.7.1. Verificación de las causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales: Las seis causales genéricas de las que se dio cuenta atrás[102], se verifican así:

(i) El asunto sub examine tiene relevancia constitucional en tanto y en cuanto se trata de definir la aplicación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, para efectos de dirimir un conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena;

(ii) Contra las providencias de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que dirimen el conflicto en comento, proferidas el 8 de febrero y el 6 de junio de 2012, no procede recurso alguno[103];

(iii) La acción de tutela se presentó poco más de tres meses y cuatro días después de la fecha de la última providencia que controvierte, sin descontar lo correspondiente a su

notificación, valga decir, se presentó en un término razonable[104].

(iv) Al no señalar ningún defecto procesal, sino otras causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, no es menester señalar ninguna irregularidad procesal, ni su trascendencia.

(v) Los hechos que generan la violación ocurren en la decisión misma, y no se podían alegar al interior del proceso que conduce a dirimir el conflicto entre jurisdicciones.

(vi) Las dos providencias que son objeto de la acción de tutela, no son sentencias de tutela.

4.7.2. Verificación de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales de desconocimiento del precedente constitucional: de las cuatro maneras posibles de desconocer el carácter vinculante del precedente constitucional[105], la demanda de tutela se enmarca en la cuarta, valga decir, en desconocer el alcance de los derechos fundamentales fijados por la Corte en la ratio decidendi de sus sentencias de tutela. De ahí que se traiga a cuento, con insistencia, la Sentencia T-617 de 2010.

Los hechos relevantes de la Sentencia T-617 de 2010 son: un adulto que pertenece a la comunidad indígena del Resguardo de Túquerres incurrió en la conducta de abuso sexual de una menor de 14 años, que pertenece a la misma comunidad indígena.

Si bien esta sentencia parecería ser prima facie relevante para decidir el caso sub examine, hay varias circunstancias que permiten afirmar lo contrario. Dos circunstancias son obvias y surgen de bulto en los hechos: (i) la diferencia de los delitos, en el primer caso abuso sexual de menor de 14 años y en el segundo desaparición forzada y homicidio; y (ii) la diferencia de la víctima, en el primer caso indígena y en el segundo no haber prueba de que sea indígena, y no haberse alegado esta circunstancia en el proceso. Si bien ambas víctimas son menores de edad, el tipo de delito y la condición de la víctima generan serias discrepancias entre los casos.

La circunstancia de que el delito cometido sea el de desaparición forzada, que tiene una especial connotación en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario, y que puede ser objeto de la jurisdicción de tribunales

internacionales, implica la necesidad de considerar y aplicar, incluso para dirimir conflictos de competencia, normas como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada[106], aprobada por el Congreso de la República por medio de la Ley 707 de 2001 y declarada exequible por este tribunal en la Sentencia C-580 de 2002.

El inciso primero del artículo IX de la convención en comento, dispone de manera explícita que “Los presuntos responsables de los hechos constitutivos de desaparición forzada de personas sólo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes en cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar”.

El precitado inciso tiene un doble énfasis: de una parte señala que este tipo de hechos sólo pueden ser juzgados por la jurisdicción común u ordinaria y, de otra, prohíbe o excluye cualquier jurisdicción especial, como es, merced a la propia Constitución y a la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia[107], la jurisdicción indígena.

No es necesario ahondar en el análisis de la circunstancia de que la víctima no sea indígena, pues incluso en el evento de serlo, si se trata de juzgar hechos constitutivos de desaparición forzada de personas, el asunto corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción ordinaria, con exclusión de la jurisdicción especial indígena.

Al no ser relevante para el caso la Sentencia T-617 de 2010, no se verifica la causal específica de desconocimiento del precedente constitucional vinculante.

4.7.3. Verificación de la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales de defecto sustantivo por interpretación irrazonable: de las cuatro maneras posibles de incurrir en defecto sustantivo[108], la demanda de tutela se enmarca en la cuarta, es decir, en la de que aplicar la norma jurídica, derivada interpretativamente de una disposición normativa, es inaceptable por ser producto de una hermenéutica abiertamente errónea o irrazonable.

Esta hipótesis es la más restringida, ya que en virtud de los principios de independencia y autonomía judicial, la interpretación de la norma aplicable a cada caso corresponde al juez del caso. Para ilustrar este cargo, la demanda vuelve a traer a cuento la Sentencia T-617 de 2010, que no es relevante para el caso, por las razones que se acaban de exponer, e incurre en una injustificable reducción argumentativa, al afirmar que la única razón por la cual la

Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto entre jurisdicciones en favor de la ordinaria, fue la de que la víctima era un menor.

Basta leer las providencias objeto de la acción de tutela[109], para advertir que, además de la circunstancia de que la víctima era un menor, se tuvo en cuenta tanto la circunstancia de tratarse de delitos de desaparición forzada y de homicidio como la circunstancia de que éstos, por su finalidad y connotación “permiten inferir que los procesados participan de la cultura mayoritaria”. Incluso se llegó a decir que el delito atroz de la desaparición forzada reniega de excepciones en materia de jurisdicción.

La argumentación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es más compleja de lo que asumen los actores, y no se limita a interpretar los artículos 44, 246 y 256 de la Constitución de manera abiertamente errónea o irrazonable, valga decir, no le otorga a esta disposición un alcance que no tiene, de manera contraria a la lógica o a las reglas de la experiencia, ni le reconoce un sentido que sí puede tener, pero que es contrario a la Constitución o conduce a resultados desproporcionados.

Al tratarse de una interpretación razonable de la Constitución, dado que se hace de manera coherente con lo dispuesto en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, aunque sin mencionarla de manera expresa, no se verifica la causal específica de defecto sustantivo por interpretación irrazonable.

5. Razón de la decisión.

5.1. Síntesis del caso.

No se concede el amparo a los actores por no haberse podido verificar las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales de desconocimiento del precedente constitucional vinculante y de defecto sustantivo por interpretación irrazonable, ya que el precedente alegado no es relevante para el caso y la interpretación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura es coherente con la disposición explícita y unívoca del inciso primero del artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada.

5.2 . Regla de decisión.

Solamente la jurisdicción ordinaria puede juzgar a los presuntos responsables de hechos constitutivos de desaparición forzada, con exclusión de cualquier jurisdicción especial, sea la jurisdicción penal militar o sea la jurisdicción indígena.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la Sentencia del 8 de octubre de 2012, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá D.C.

Por Secretaría, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Folios 1 a 7, c. 1.

[2] A folios 1 y 20 del cuaderno 2, aparece repetida la comunicación del 28 de agosto de 2011 del Secretario de Gobierno, Administrativo y de Educación del Municipio de Mistrató, en la cual certifica que los accionantes pertenecen al Resguardo Unificado Embera Chamí del Municipio de Mistrató, el cual está en trámite de reconocimiento legal ante el Ministerio del Interior.

[3] Folios 33 a 41, c. 1

[4] Folios 2 a 18, c. 2.

[5] Folios 20 a 91, c. 2.

[6] El dvd que contiene los videos y las fotografías aparece a folio 24, c. 2.

[7] Además de su soporte digital, algunas de las fotografías aparecen organizadas e impresas en informes fotográficos que aparecen a folios 25 a 42 del cuaderno 2.

[8] El hospital entrega una copia de un mapa a mano alzada, tomado del libro EMBERA WERA / Mujer Embera / del Silencio a la Palabra / Bibliografía (f. 49 a 52, c. 2), la asignación de las veredas del Municipio de Mistrató a los funcionarios de puestos de salud (f. 53 a 56, c. 2) y una certificación de que el accionante Ovidio Dogenesama Wasirucama trabajó en esa institución, entre el 1 de enero de 2004 y el 13 de agosto de 2011, como auxiliar de salud (f. 57, c. 2).

[9] A folio 58 del cuaderno 2, la Universidad remite copia de la Resolución 2468 del 28 de octubre de 2011, por la cual designa a la docente CECILIA LUCA GILBERTE ESCOBAR, para rendir el dictamen pericial solicitado por el técnico en criminalística. La resolución obra a folio 59 del mismo cuaderno.

[10] A folios 60 y 61 del cuaderno 2, la docente manifiesta que no es la más idónea para pronunciarse sobre el asunto, plantea unas posibles acciones de trabajo para recopilar la información ante la oficina de planeación departamental y el IGAC, y recomienda consultar

al historiador Víctor Zuluaga, que tiene obras e investigaciones sobre las comunidades Embera Chamí y a la Universidad de Caldas, que tiene un Departamento de Antropología y Sociología, y cuyos alumnos han estudiado a estas comunidades.

[11] La Gobernación de Risaralda remite un mapa en el cual se delimita el área del resguardo en cuestión en el departamento (f. 62 y 63, c. 2).

[12] El IGAC suministra copia de la Resolución 061, al parecer de 1986, porque la copia es ilegible en su fecha (f. 65 a 69, c. 2), en la cual se “confiere el carácter legal de Resguardo Indígena a las tierras Reservadas en beneficio de la Comunidad CHAMI, ubicada (sic.) en los Municipios de PUEBLO RICO Y MISTRATÓ, Departamento de Risaralda; y copia de la Resolución 036 del 10 de abril de 2003 (f. 70 a 91, c. 2), por la cual se “amplía, con 36 predios que hacen parte de los bienes del Fondo Nacional Agrario y un predio de propiedad del Cabildo, el resguardo indígena UNIFICADO CHAMI DEL RÍO SAN JUAN, creado por la resolución No. 23 del 23 de mayo de 1995, emanada de la Junta Directiva del INCORA, localizado en jurisdicción de los municipios de Pueblo Rico y Mistrató, departamento de Risaralda”;

[13] Folio 10, c. 1.

[14] Folios 21 a 24, c. 1.

[15] Folios 67 a 71, c. 1.

[16] Folios 67 a 69, c. 1.

[18] Para ilustrar esta información se adjunta la fotocopia de una fotografía de la víctima, que obra a folio 66 del cuaderno 1.

[19] Folios 43 a 44, c. 1.

[20] Folios 47 a 50, c. 1.

[21] Folios 51 a 54, c. 1.

[22] Folios 73 a 94, c. 1.

[23] A partir de la Sentencia C-590 de 2005.

[24] En Auto del 21 de marzo de dos mil trece (2013) de la Sala de Selección de tutela No. 3 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

[25] En esta sentencia se estudia una tutela contra la decisión que define un conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar.

[26] En esta sentencia se estudia varias tutelas contra decisiones que definen conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

[27] Para sustentar este aserto, la Corte pone de presente: (i) que la ley no consagra recurso alguno contra estas providencias; (ii) que la nulidad por este aspecto no es viable; (iii) que el recurso extraordinario de casación no procede; (iv) que el funcionario a quien se le remite el proceso, no se puede negar a tramitarlo, ya que la autoridad competente para hacerlo definió el asunto y está obligado a cumplir lo resuelto por ella.

[28] Entre las decisiones más recientes están las Sentencias T-1033, T-1093 y T-1095 de 2012.

[29] Cfr. Sentencias T-006 y C-543 de 1992, T-079 de 1993, T-231 de 1994, SU-014 y T-1180 de 2001, T-441, T-462, T-771 y T-949 de 2003, T-701 de 2004 y C-590 de 2005.

[30] Cfr. Sentencia C-590 de 2005.

[31] Cfr. Sentencia C-018 de 1993 y Autos 034 de 1996 y 220 de 2001.

[32] Cfr. Sentencias T-566 de 1998, C-836 de 2001 y T-292 de 2006.

[33] A modo de ejemplo, puede verse lo dicho en la Sentencia T-1093 de 2012, reiterado en la Sentencia T-1095 de este mismo año, en el sentido de que la subsidiariedad “asegura la independencia y autonomía judicial pues el peticionario sólo puede acudir a la tutela una vez haya agotado todos los mecanismos previstos en el sistema jurídico”; y la inmediatez “evita que se dé una erosión muy acentuada de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, pues preserva la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas, toda vez que, transcurrido

un tiempo razonable no es posible que sean cuestionadas [las providencias judiciales] por un supuesto desconocimiento de derechos fundamentales”.

[34] Cfr. Sentencias C-560 de 1999 y C-1290 de 2001.

[35] Cfr. Sentencias T-173 de 1993 y C-590 de 2005.

[36] Cfr. Sentencia T-1049 de 2008.

[37] Cfr. Sentencia C-590 de 2005.

[38] Cfr. Sentencias T-008 de 1998, T-937 de 2001, SU-159 de 2002, T-996 de 2003 y T-196 de 2006.

[39] Cfr. Sentencias T-079 de 1993, T-008 de 1998, T-522 de 2001 y C-590 de 2005.

[40] Cfr. Sentencias SU-846 de 2000, SU-014 y T-1180 de 2001.

[41] Cfr. Sentencia T-114 de 2002.

[42] Cfr. Sentencias SU-640 de 1998, SU-168 de 1999, T-1625 de 2000, T-1031 y SU-1184 de 2001 y T-462 de 2003.

[43] Cfr. Sentencias T-1625 de 2000, T-1031 y SU-1184 de 2001.

[44] Cfr. Sentencia T-522 de 2001.

[45] Cfr. Sentencias C-104, C-113 y C-131 de 1993, C-038 y T-123 de 1995, C-036 y C-447 de 1997, SU-047 de 1999, C-836 y SU-1219 de 2001 y T-292 de 2006.

[46] Cfr. Sentencia C-131 de 1993.

[47] Cfr. Sentencias C-386 de 1996, C-036 de 1997, SU-1184 de 2001 y T-292 de 2006.

[48] Cfr. Sentencias T-1625 de 2000, SU-1184 de 2001, T-462 de 2003, T-158 y T-292 de 2006 y T-086 de 2007.

[49] Cfr. Sentencia T-292 de 2006.

[50] Cfr. Sentencia SU-159 de 2002, T-462 de 2003, C-590 de 2005, T-018 de 2008 y T-757 de 2009.

[51] Cfr. Sentencia T-573 de 1997.

[52] Cfr. Sentencias C-231 de 1994, T-008 de 1998 y SU-1722 de 2000.

[53] Cfr. Sentencias T-1001 y T-1031 de 2001.

[54] Cfr. Sentencia C-1026 de 2001.

[55] Cfr. Sentencias T-1045 de 2008 y T-079 de 2010.

[56] Cfr. Sentencias T-1045 de 2008 y T-191 de 2009.

[57] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-037 de 1996, C-139 de 1996, T-349 de 1996, C-370 de 2002, T-1294 de 2005 y T-945 de 2007, entre otras.

[58] La jurisdicción indígena está prevista en el artículo 246 de la Constitución, que hace parte del Capítulo 5: De las jurisdicciones especiales, dentro del Título VIII: De la Rama Judicial.

[59] 7.1 A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la "vida civilizada" (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

[60] 7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

[61] 7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo - y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

[62] 7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas.

[63]La Corte Constitucional, en sentencia C. 139/96 declaró inexecutable los artículos 1, 5

y 40 de la Ley 189 de 1890, en comentario.

[64] Ver, entre otras, las siguientes Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997, T-344 de 1998, T-934 de 1999, T-728 de 2002, T-811 y T-1238 de 2004, T-1070 de 2005, T-009, T-945 y T-996 de 2007, T-1026 de 2008, T-903 de 2009, T-364 y T-669 y T-1127 de 2011, T-001, T-002, T-097 y T-523 de 2012.

[65] Ver, entre otras, las Sentencias C-713 de 2008 y C-882 de 2011.

[66] Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia y Hoyos Ceballos, Esteban. "Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal" (2008). Revista Co-herencia, 5, 9, p. 157.

[67] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[68] Ver Lopera Mesa, Gloria Patricia y Hoyos Ceballos, Esteban. "Fronteras difusas. Apuntes sobre el surgimiento de la jurisdicción especial indígena en Colombia y sus relaciones con el derecho estatal" (2008). Revista Co-herencia, 5, 9, p. 159.

[69] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[70] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. No obstante, en este fallo la Corte indicó que el fuero indígena tiene límites, pero no fueron delimitados por la Corte en dicha ocasión.

[71] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

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

[73] Ver sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. En este fallo la Corte explicó lo

siguiente:

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

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

[74] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[75] En la sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte negó la tutela solicitada por un indígena paéz, quien sería juzgado por la jurisdicción ordinaria por el asesinato de un miembro de otra comunidad indígena. El acto solicitaba ser juzgado por las autoridades paéces. La Corte se opuso con fundamento en los siguientes argumentos:“(…) no es dable reconocerle a (…) el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los ‘riesgos’ que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.”

[76] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[77] En este fallo la Corte Constitucional estudió el caso de un indígena que se encontraba fuera de los territorios ancestrales visitando a un médico de su comunidad. Éste le indicó que el origen de su enfermedad era que otros indígenas le habían hecho brujerías, razón por la cual asesinó a los presuntos autores de estos maleficios. El asesinato se produjo fuera del territorio de la comunidad. La jurisdicción ordinaria asumió el caso y condenó al indígena a diez años de prisión. El abogado defensor solicitó la nulidad del proceso por desconocimiento del fuero especial indígena, petición que fue negada aduciéndose que el asesinato se había producido fuera de los límites de la comunidad. A continuación, el defensor interpuso una acción de tutela en la que solicitó la declaratoria de nulidad del proceso. En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió el amparo y señaló que el concepto de territorio no debía entenderse limitado en su dimensión formal y cultural, sino que el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad.

[78] Ver sentencia T-514 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[79] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[80] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[81] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[82] Sentencia T-048 de 2002 MP: Álvaro Tafur Galvis. Sobre los límites al ejercicio de la jurisdicción se dijo: “Ahora bien, en virtud del bloque de constitucionalidad a que se hace mención, particularmente, para el caso sub examine, en razón de lo dispuesto en los artículos 8°, 9° y 10 del Convenio en cita, y dada las dificultades de aplicación de las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales, en consonancia con las que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a conservar su identidad-ya referida-, la Corte se ha detenido en aquellos derechos que marcan un límite claro del fuerte vínculo que liga a las comunidades indígenas con sus integrantes, como el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de los tratos denigrantes, la prohibición de imponer las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, la obligación de garantizar los principios constitucionales del debido proceso y la necesidad de garantizar el acceso de las comunidades y de sus integrantes a la propiedad colectiva del resguardo (sentencia SU 510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz).

[83] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[84] Sentencia T-811 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño. “Por lo anterior, es evidente que las autoridades indígenas de Quizgó violaron el derecho fundamental al debido proceso y el principio constitucional de culpabilidad que asiste al peticionario, tal como lo consagra el artículo 29 Superior. De la información que obra en el expediente es indudable que a Ramón Libardo Pillimú se le impuso una pena por un acto que no cometió. Si bien él, junto con Ramón Villano, alteraron el orden público el día de los hechos, no por ello puede estimársele responsable de la muerte de Gilberto Pechene y ser sancionado por dicho evento.

En este asunto en particular, resulta pertinente señalar que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana, la Constitución Política proscribela responsabilidad penal objetiva y prevé un derecho penal de acto y no de autor. Al respecto, el artículo 29 superior establece que “no puede haber delito sin conducta”[84], al señalar que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa” y que “toda

persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable” (Subrayado fuera de texto).”

[85] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[86] Los argumentos del Consejo Superior de la Judicatura eran los siguientes: “el Cabildo que reclama la jurisdicción no tiene unas normas que describan como ilícita la conducta que se le imputa al sindicato, ni tiene previsto un procedimiento para la investigación de los hechos y para el juzgamiento de los autores, ni definidas las penas que cabría aplicarles. Por tal razón no es posible determinar (...) si el ordenamiento indígena que resultaría aplicable es contrario o no a la Constitución, a diferentes normas internacionales y a la ley penal.”

[87] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[88] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[89] M.P. Fabio Morón Díaz.

[90] En dicha ocasión, la Corte estudió el caso de un padre que el momento en que su esposa da a luz a unos gemelos decide entregarlos en forma transitoria a la entidad encargada de la protección de la niñez en Colombia. Esta situación se genera por cuanto en la comunidad indígena a la que pertenecen, los gemelos son considerados como una maldición.

Los padres solicitan que no los den en adopción mientras que las comunidades indígenas decidan que va a pasar con los niños. Sin embargo, la Directora del hogar donde se encontraban decidió interponer una acción de tutela con el fin de tomar las medidas respectivas y darlos en adopción. Además, considera que devolverlos a su comunidad pone en riesgo su vida.

La Corte niega la petición para proceder a la adopción del niño, y por el contrario, constituye un grupo interdisciplinario para que estudie la mejor opción para el niño. Dentro de las posibilidades puede estar el reintegro a su comunidad, pero ésta jamás podrá atentar contra la vida o integridad del menor. Es decir, que es plenamente compatible con el ordenamiento superior y con la ley, la solicitud que elevaron las autoridades tradicionales

U'WA ante el Estado, representado en este caso por el I.C.B.F., en el sentido de que mantuviera transitoriamente a los gemelos bajo su cuidado, exactamente por siete meses, tiempo durante el cual ellos realizarían un proceso de reflexión y de consulta interno para tomar una decisión definitiva, decisión que obviamente no podía ser la de proceder conforme lo señalaba la tradición, pero en cambio sí podía consistir en encargar el cuidado de los menores a personas o familias que no pertenecieran a la comunidad, manteniendo contacto con ellos, como en efecto ha sucedido, que se autorizara la adopción, o, como se presenta ahora, que exigieran el retorno de los niños a su seno.

[91] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[92] Ver sentencia SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[93] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[94] Supra 4.5.1.

[95] Este mismo criterio teleológico ha sido empleado por la Corte en las Sentencias C-574/92 aparte B.1.c); C-179/94, C-225/95 fundamentos 7 y 11, para considerar los tratados de Derecho Internacional Humanitario como parte del corpus de derechos humanos. En el fundamento 7, esta última Sentencia afirma que “(...) estos convenios hacen parte, en sentido genérico, del corpus normativo de los derechos humanos, puesto que, tanto los tratados de derechos humanos en sentido estricto como los convenios de derecho humanitario son normas de ius cogens que buscan, ante todo, proteger la dignidad de la persona humana. Son pues normatividades complementarias que, bajo la idea común de la protección de principios de humanidad, hacen parte de un mismo género: el régimen internacional de protección de los derechos de la persona humana. La diferencia es entonces de aplicabilidad, puesto que los unos están diseñados, en lo esencial, para situaciones de paz, mientras que los otros operan en situaciones de conflicto armado, pero ambos cuerpos normativos están concebidos para proteger los derechos humanos”. El carácter determinante de la finalidad protectora de los derechos humanos fundamentales como criterio para integrar al bloque de constitucionalidad quedó al parecer definido en la Sentencia C-179/94 que afirmó: “Finalmente cabe agregar que las disposiciones del derecho internacional humanitario que tratan sobre el manejo de las personas y las cosas vinculadas a la guerra, como las que señalan la forma de conducir las acciones bélicas, se

han establecido con el fin de proteger la dignidad de la persona humana y para eliminar la barbarie en los conflictos armados.” (resaltado fuera de texto). Ver también Sentencia C-156/99. Reiterando dicho criterio ver: C-423/95, C-578/95, C-092/96 C-135/96, C-040/97 y C-156/99 aparte 2.2.2, SU-256/99.

[96] En cuanto establece que “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso y que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”

[97] Según este artículo “[l]a enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

[98] En la Sentencia C-295/93 la Corte estableció que para que una disposición de un tratado internacional haga parte del bloque de constitucionalidad: “... es necesario que se den los dos supuestos a la vez, de una parte, el reconocimiento de un derecho humano, y de la otra que sea de aquellos cuya limitación se prohíba durante los estados de excepción.” Ver también Sentencias C-295/93 y C-092/96 fundamento 11. El hecho de que el artículo 93 se refiera a tratados y no a los derechos en sí mismos y que, por consiguiente para que estos prevalezcan en el ordenamiento interno sería necesario, en principio, que el tratado estableciera expresamente la prohibición de limitarlos en estados de excepción quedó zanjada definitivamente con la incorporación del derecho internacional humanitario al bloque de constitucionalidad, pues no todos los tratados de DIH proscriben la limitación de los derechos consagrados en ellos durante estados de excepción. Algunos ni siquiera consagran propiamente derechos. Sin embargo la Corte afirmó esta circunstancia se deriva de su mismo ámbito de aplicación. Ver Sentencia C-225/95 fundamento 11.

[99] La Corte ha dicho que “... conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias ...” Sentencia C-359/97. Posteriormente ha sostenido que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad *latu sensu* constituyen “... parámetros para determinar el valor constitucional de las disposiciones

sometidas a control” Sentencia C-774/01.

[100] En relación con el bloque de constitucionalidad, la Corte ha señalado que no todas las disposiciones de un tratado de derechos humanos entran a ser parte del bloque de constitucionalidad. Al respecto ha dicho: “.Si bien es cierto que los tratados internacionales vigentes en Colombia encuentran un incuestionable fundamento en normas constitucionales, ello no significa que todas sus normas integran el bloque de constitucionalidad y sirven de fundamento para realizar el control de constitucionalidad de las leyes que lleva a cabo esta Corporación.” (resaltado fuera de texto) Sentencia C-327/97.

[101] En la Sentencia C-620 de 2011 este tribunal declaró exequibles tanto la convención como su ley aprobatoria.

[102] Supra 4.3.

[103] Supra 2.5.

[104] Supra 2.4.

[105] Supra 4.3.1.

[106] Supra 4.6.

[107] Supra 4.4.

[108] Supra 4.3.2.

[109] Supra 1.2.4. y 1.2.5.