

Sentencia T-465/12

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDADES INDIGENAS-Procedencia

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Protección constitucional especial

DERECHO COLECTIVO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Garantía de la comunidad y de cada uno de sus miembros para actuar según su cosmovisión dentro y fuera del territorio tradicional

PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR DE INDIGENAS-Autoridades militares deben valorar las reales condiciones de la persona indígena

CONDICION INDIGENA-Su demostración debe darse a partir de la identidad cultural real de la persona indígena

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad.

DIVERSIDAD ETNOCULTURAL-Factor territorial no es una condición necesaria para la pertenencia de la persona a una comunidad indígena

EXCEPCION POR DIVERSIDAD ETNOCULTURAL-Diversos ámbitos en que se presenta, entre ellos respecto del servicio militar obligatorio

Un ejemplo de excepción etnocultural es, precisamente, el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios y conserven su identidad cultural, social y económica. La Corte Constitucional consideró que era razonable constitucionalmente eximir a los miembros de las comunidades indígenas de la prestación del servicio militar obligatorio, por el impacto que el año de separación causaría en ellos.

AUTONOMIA DEL INDIGENA PARA PRESTAR EL SERVICIO MILITAR-Derecho a incorporarse

voluntariamente y a retirarse cuando así lo decida

El hecho de que no se tenga la obligación de prestar servicio militar, no impide que un joven indígena voluntariamente, en libre ejercicio de su autonomía, decida ingresar al Ejército a prestar servicio. De hecho, podrían incluso las autoridades tradicionales considerar improcedente que cualquiera de los jóvenes de la comunidad ingresara al Ejército, y tomar medidas en tal sentido, que, en todo caso, los jóvenes mantendrían su derecho de ingresar libre y voluntariamente a formar parte de la institución castrense. Cuando un indígena decide prestar servicio, no por ese hecho adquiere 'la obligación de prestarlo'. En otras palabras, cuando un indígena decide ingresar al Ejército Nacional a prestar servicio, y es aceptado por la institución, se trata de un servicio militar 'voluntario', no 'obligatorio'. En todo caso, como la afectación y el impacto que podría recibir el soldado indígena es significativo, así haya sido su deseo y voluntad ingresar a la institución, él conserva el derecho para, en cualquier momento, dejar de tener la voluntad de querer seguir prestando el servicio militar, en tanto no es para él una obligación permanecer allí. Así pues, el Ejército Nacional puede aceptar la incorporación de un joven indígena al servicio militar, si éste voluntaria, libre y autónomamente así lo decide. Ahora bien, tal decisión no implica que desaparece la excepción etnocultural, ni tampoco deroga o resta vigencia al artículo 27 de la Ley 48 de 1993. En otras palabras, el deseo de ingreso voluntario no crea en cabeza los jóvenes indígenas una obligación legal de prestar el servicio militar. En tal sentido, el efecto jurídico de recibir al Ejército una persona que por ley, carece de la obligación de prestar servicio, es pues, que esta puede arrepentirse. La única persona en capacidad de valorar el impacto que la experiencia del Ejército representa para él, es el propio joven indígena. Ni los miembros de la institución, ni los miembros de la comunidad que no se encuentran prestando servicio tienen la capacidad real para medir y dimensionar el impacto, que de antemano se sabe, de acuerdo con los conceptos técnicos rendidos en el proceso, puede llegar a ser traumático.

EJERCITO NACIONAL-Vulneró la protección especial al actor al impedirle retirarse del servicio militar obligatorio

Referencia: expediente T-3.367.499

Acción de tutela interpuesta por Efrén Tique Ducuara contra el Ejército Nacional.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados NILSON PINILLA PINILLA, JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB y JORGE IVÁN PALACIO PALACIO quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y en los artículos 33 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera, subsección A, que negó el amparo invocado en la acción de tutela instaurada por el ciudadano Efrén Tique Ducuara, en su condición de indígena contra el Ejército Nacional.

### I. Antecedentes

El ciudadano Efrén Tique Ducuara identificado con número de cédula 1.105.055.895 de Coyaima-Tolima, actuando a nombre propio instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional por considerar vulnerado su derecho fundamental a la identidad cultural indígena y demás derechos conexos, por no haberle sido concedida la baja del servicio militar obligatorio.

#### 1. Hechos y solicitud de la acción de tutela.

Para fundamentar su petición el señor Efrén Tique Ducuara narró los siguientes hechos:

i. El 20 de marzo de 1990 nació en el municipio de Coyaima-Tolima en el cabildo indígena “Resguardo Indígena Potrerito Doyare”.

i. En el mes de junio de 2010 fue reclutado en contra de su voluntad y la de sus padres en un

retén militar en el barrio Puente Aranda en la ciudad de Bogotá, ingresando a prestar servicio militar obligatorio el 5 de septiembre de 2010 en el “Batallón Baraya” en esa misma ciudad.

ii. Inmediatamente después de su reclutamiento presentó la documentación que lo acredita como indígena, con la intención de que le fuera dada la baja del servicio militar obligatorio, petición que no fue contestada por el Ejército.

i. Ante el silencio de la entidad, en el mes de septiembre de 2011 presentó nuevamente la petición de la baja, adjuntando los documentos que acreditaban su condición de indígena. En esa oportunidad agregó que su padre y su madre se encuentran en delicado estado de salud en razón a su avanzada edad de 83 y 67 años respectivamente, argumentando además que es el único que puede velar por ellos.

i. En razón a lo anterior le fue concedido permiso por siete días para visitar a sus progenitores, sin que en el expediente obre prueba de ello.

i. Por último afirma no haber recibido respuesta alguna a sus peticiones por parte del Ejército.

Inconforme con la situación, el 7 de diciembre de 2011 el señor Tique Ducuara interpuso acción de tutela con la pretensión de que por ese medio se le ordenara al Ejército Nacional que le diera la baja del servicio militar obligatorio y que así mismo le fuera expedida la libreta militar. Fueron aportados como pruebas las siguientes:

\* Cédulas de ciudadanía de sus padres Tique Madrigal Eladio y Ligia Ducuara Otavo ambas de Coyaima-Tolima.

\* Petición de fecha 2 de diciembre de 2011 realizada por el señor Félix Albino Tique Tique, Gobernador del “Resguardo Indígena Potrerito Doyare”, dirigida al señor Coronel Germán Augusto Amaya del “Batallón Baraya”, la cual no tiene constancia de recibo por parte de la entidad. En el escrito se lee lo siguiente:

“Como Gobernador del Resguardo Indígena Potrerito Doyare, jurisdicción del municipio de Coyaima-Tolima, de la manera mas respetuosa me dirijo a usted con el fin de solicitarle, se sirva ordenar a quien corresponda para que se deje en libertad de escoger la actividad que desee el indígena EFRÉN TIQUE DUCUARA identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 1.105.055.895 de Coyaima, ya que en estos momentos lo tienen contra su voluntad reclutado prestando el servicio militar obligatorio, violando sus derechos constitucionales facultados por la ley 89 y la ley 48 de 1993, donde exonera a los indígenas de prestar dicho servicio.

Esta petición la hago basado en el Derecho que me pertenece como Gobernador de mi parcialidad, y doy fe que tanto el Indígena ya mencionado y sus padres aparecen legalmente registrados en el Censo actual de nuestra comunidad, son oriundos y han vivido toda su existencia en ella, y por la avanzada edad de sus padres es que están solicitando se devuelva a la vida civil lo más pronto para poder mutuamente desempeñarse como tal.”

#### 1. Pronunciamiento de la entidad accionada.

Habiendo sido avocado el conocimiento de la acción, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, le notificó el contenido de la acción al Ejército Nacional el día 14 de diciembre de 2011, según consta en el aviso que obra en el expediente. En escrito de fecha 16 de diciembre de 2011, el señor Coronel Germán Augusto Amaya - Comandante del Batallón de Ingenieros No. 13 “General Antonio Baraya”- presentó informe de contestación en donde solicitó negar las pretensiones del accionante, argumentando lo siguiente:

1. Al momento de su reclutamiento el señor Tique Ducuara manifestó bajo la gravedad de juramento no estar inmerso en ninguna de las exenciones previstas por los artículos 27 y 28 de la ley 48 de 1993 para no prestar servicio militar, dentro de las cuales se encuentran las

de pertenecer a una comunidad indígena y tener padres mayores de 60 años.

1. No es cierto que haya sido reclutado en un retén militar, toda vez que el Ejército no realiza ese tipo de procedimientos. Por el contrario, esta entidad cita a los jóvenes a concentración con el fin de realizar exámenes médicos que determinan la aptitud para el servicio.

1. No es cierto que el accionante hubiera acreditado su condición de indígena ni que hubiera solicitado la baja con posterioridad al reclutamiento. Esto se verifica en que los documentos que adjunta a la demanda no tienen constancia de recibo por parte del Ejército.

Como pruebas fueron anexadas las siguientes:

“Manifiesto bajo gravedad del juramento que actualmente, no me encuentro dentro de las EXENCIONES previstas en el artículo 27 y 28 de la ley 48 de 1993 así como las demás normas que impidan la prestación del servicio militar y que a continuación se relacionan:

- No pertenezco a ninguna comunidad indígena y por tanto no comparto su territorio ni su integridad social, cultural y económica. (...)

- No soy huérfano y mis padres no se encuentran incapacitados para trabajar, ni son mayores de sesenta (60) años. (...)

Soy consciente de la responsabilidad penal que acarrea incurrir en falso testimonio de conformidad con lo establecido en el artículo 442 del Código Penal concordado con el artículo 389 del Código de Procedimiento Penal. En consecuencia puedo ser incorporado a las filas para la prestación de mi servicio militar sin ningún impedimento legal.”

\* Hoja de Datos Personales de la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas firmada por el ciudadano Efrén Tique Ducuara, en donde se registra que tiene casa propia, que vive en la ciudad de Bogotá en el barrio Simón Bolívar, que es soltero, que ejerce la profesión de panadero con un salario mensual de \$600.000 y que tiene un hermano y dos hermanas que viven su misma dirección de residencia.

\* Formato del Batallón de Ingenieros número 13 “General Antonio Baraya” firmado por el accionante, en donde se registra que sus hermanos viven junto con sus padres en la vereda La Esmeralda, que tiene como profesión la de ayudante de panadero en la ciudad de Bogotá, que su idioma es el español y que su pasatiempo es el fútbol. En el escrito aparece la anotación de que “los datos consignados en este documento son verdaderos suministrados personalmente y sin presiones de ninguna clase”.

Por último, la entidad accionada hizo mención a una petición presentada el 8 de diciembre de 2011 por otro indígena que también solicitó la baja del servicio militar, la cual fue contestada y concedida en tiempo por la entidad. Esto con la intención de mostrar que el Ejército sí responde a tiempo las peticiones presentadas.

#### 1. Decisión objeto de revisión.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera, subsección A, en sentencia de fecha 19 de enero de 2012, decidió no tutelar el derecho fundamental invocado por el accionante, ya que de los hechos del caso se evidencia que el Ejército desconocía su condición de indígena al momento del reclutamiento, toda vez que en los procedimientos de ingreso no solo no hizo mención a ello sino que además firmó documentos en donde manifestaba no estar inmerso en ninguna causal de exclusión.

Sin embargo, no desconoció la intención del accionante de que fuera considerada su calidad de indígena, por lo que le ordenó al Ejército Nacional que definiera su situación militar conforme a la documentación que obraba en el expediente y a la parte motiva de la providencia.

## 1. Actuaciones en sede de revisión.

Habiendo sido seleccionado el presente proceso por la Corte Constitucional mediante auto de 17 de febrero de 2012, se consideró que ante el hecho de que las modalidades de prestación del servicio militar oscilan entre 12 y 24 meses y que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le ordenó al Ejército Nacional definir nuevamente la situación del accionante, era factible que para el momento de publicación de la presente sentencia el accionante ya no se encontrara prestando servicio. Por esta razón, mediante auto de 30 de mayo de 2012 se le solicitó al Comandante del Batallón de Ingenieros número 13 “General Antonio Baraya”, que indicara cuál era la situación militar actual del señor Efrén Tique Ducuara. La entidad dio respuesta a lo solicitado mediante escrito de fecha 7 de junio en la cual se lee lo siguiente:

“(…) 1. En el caso materia de estudio, se encontró que el joven efectivamente fue incorporado para la prestación del servicio militar en esta Unidad Táctica e integraba al Séptimo Contingente de 2010 como Soldado Regular.

2. SLR. Tique Ducuara salió de permiso el día 22 de diciembre de 2011 con fecha de presentación el día 28 de diciembre del 2011 y no regresó a la unidad.

3. Actualmente cursa una investigación penal en el Juzgado Setenta y Cuatro Instrucción Penal Militar por el delito de DESERCIÓN según el informe de fecha 11 de enero de 2012 “no regresó a la Unidad luego de un permiso que se le concediera el veintidós (22) de diciembre de 2011...”

4. El joven TIQUE DUCUARA fue retirado de la fuerza mediante orden administrativa de personal del comando del Ejército Nacional No. 1345 de fecha 27 de abril del 2012, por el delito de deserción.”

En esa oportunidad fueron aportados como prueba los siguientes documentos:

\* Copia de la constancia de retiro del accionante de fecha 7 de junio de 2012, en donde se lee que el joven Tique Ducuara prestó servicio durante 1 año, 3 meses y 26 días en condición

de soldado regular, hasta que fue retirado mediante concepto del 27 de abril de 2012.

\* Copia del Informe rendido al señor Teniente Coronel German Augusto Amaya Salcedo – comandante del Batallón de ingenieros número 13 “General Antonio Baraya”- de fecha 11 de enero de 2012, en donde se lee lo siguiente acerca de la situación del accionante:

“(…) salió de permiso con su turno navideño el día 22 de diciembre de 2011 con fecha de presentación el día 28 de Diciembre de 2011. El día 30 del mismo se toma contacto con la esposa al número (...) el cual reposa en la base de datos de la compañía A.S.P.C. quien manifestó que el soldado en mención se encontraba pasando vacaciones con la familia en el Departamento de “TOLIMA”, y que llegaba el día 5 de enero de 2012. Se ha intentado nuevamente la comunicación con la esposa del soldado sin obtener ningún resultado. Hasta la fecha de hoy 11 de enero 2012 el soldado no ha hecho presentación alguna en las instalaciones del Batallón.”

\* Copia de la Boleta de Salida de Personal en donde se autoriza el permiso del señor Tique Ducuara desde el día 22 de diciembre de 2011 hasta 28 del mismo mes.

\* Copia de auto de fecha 20 de marzo de 2012 del Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar, en donde se sindicó al señor Tique Ducuara de la comisión del delito de desertión, se ordena la práctica de diligencias dentro del proceso y se libra misión de trabajo a la SIJIN para la ubicación del sindicado, entre otras.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36

del Decreto 2591 de 1991.

#### 1. Procedibilidad de la acción.

Los artículos 86 de la Constitución<sup>1</sup> y 5° del Decreto 2591<sup>2</sup> establecen la posibilidad con que cuentan los particulares de acudir a la acción de tutela cuando las decisiones de los entes públicos vulneren o amenacen sus derechos fundamentales. Sin embargo, el ordenamiento jurídico ha limitado la posibilidad de acudir al amparo de tutela al considerar que esta “se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que ella será procedente para la protección de derechos fundamentales siempre que (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o que existiendo no resulte eficaz para su amparo; o (ii) que se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable”<sup>3</sup>. En el primer caso la decisión del juez constitucional estará encaminada a dar una solución definitiva a la cuestión que se debate. En el segundo por el contrario, lo que se pretende es un pronunciamiento transitorio hasta que se decida acerca de la legalidad de la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en aras de impedir la causación de un perjuicio irreparable.

#### 1. Planteamiento del problema jurídico.

Teniendo en cuenta los antecedentes expuestos, le corresponde a esta Sala de Revisión dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

1. ¿Se viola el derecho fundamental a la identidad cultural cuando el Ejército Nacional obliga a un joven indígena a prestar servicio militar aún cuando éste manifiesta no serlo en el momento del reclutamiento?

1. ¿Se viola el derecho fundamental a la identidad cultural cuando el Ejército Nacional decide

negar la baja del servicio militar obligatorio a un joven que luego de haber ingresado a prestar servicio militar alega su condición de indígena?

Para dar respuesta a los interrogantes formulados la Corte abordará los siguientes temas: i) protección constitucional de la identidad cultural indígena; ii) forma de acreditación de la condición de indígena; iii) interpretación armónica con el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del artículo 27 de la ley 48 de 1993; y iv) la voluntariedad del servicio militar de quienes acreditan su condición de indígena. Con base en esto se abordará el caso concreto.

#### 1. Protección constitucional de la identidad cultural indígena. Reiteración de jurisprudencia.

En virtud del espíritu participativo y pluralista de la Constitución del 91, la población indígena pasó de ser considerada como una simple realidad fáctica, para pasar a ser sujeto de derechos fundamentales. En este contexto, una población que históricamente ha sido marginada por la sociedad y el Estado colombianos logró un posicionamiento que le ha permitido reivindicar de manera paulatina la situación de discriminación de la que tradicionalmente ha sido objeto. A partir de ello, la Carta consagró mandatos expresos al Estado encaminados a proteger la diversidad cultural de los pueblos indígenas, entre los cuales se destacan el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (Art. 7°); garantizar la igualdad y dignidad de las diferentes culturas existentes en el país (Art. 70); la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (Art. 8); y la reivindicación de las lenguas y dialectos de los grupos étnicos como oficiales dentro sus territorios (Art. 10); entre otros.

En desarrollo de estos mandatos, la jurisprudencia constitucional ha venido reconociendo como “derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre otros, el derecho a la integridad étnica y cultural<sup>4</sup> que comprende el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural<sup>5</sup>, el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad<sup>6</sup>, el derecho a determinar sus propias instituciones jurídicas<sup>7</sup>, el derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos<sup>8</sup>, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y

a hacerla valer ante terceros<sup>9</sup>, el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos<sup>10</sup> y el derecho a acudir a la justicia como comunidad<sup>11</sup>.”<sup>12</sup>

Adicional a ello, esta Corporación ha entendido que estas garantías deben ser analizadas a la luz del Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, el cual fue aprobado por el Congreso de Colombia mediante la Ley 21 de 1991 y hace parte del bloque de constitucionalidad. En este documento el Estado Colombiano asumió la obligación de garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad.

Como se desprende de lo anterior, la Carta del 91 realizó una serie de mandatos encaminados a la protección de la diversidad cultural de los pueblos indígenas, lo cual permite que hoy estos sean tenidos como sujetos de derechos. Esta defensa debe ser vista tanto desde el punto de vista colectivo de la comunidad, como de manera individual a cada uno de sus miembros. De esta manera, “el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.”<sup>13</sup>

El elemento principal en el que se inspira la protección especial es en ambos casos la existencia de una cosmovisión cultural autónoma por parte de las comunidades, la cual, en virtud del artículo 7° Superior, es considerada un derecho fundamental a través del reconocimiento y protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas. Este derecho “se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo.”<sup>14</sup> Bajo esta perspectiva, la protección de la identidad cultural adopta un doble sentido: i) como derecho

fundamental y ii) como principio rector que debe ser tenido en cuenta para definir el alcance de los demás derechos fundamentales de la población indígena, bajo el entendimiento de que los sujetos protegidos tienen una cosmovisión distinta a la de la mayoría. Sobre este aspecto ha señalado la Corte:

“De lo anterior se infiere con claridad que, para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana<sup>15</sup> y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.”<sup>16</sup>

En estas condiciones, como fue mencionado, la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales.<sup>17</sup> Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura<sup>18</sup>. <sup>19</sup> (Subraya fuera de texto).

Esta concepción ha permitido comprender que “la diversidad cultural está relacionada con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc. Lo cual refuerza la necesidad de protección del Estado sobre la base de la protección a la multiculturalidad y a las minorías.”<sup>20</sup> Así, esta debe ser vista como un elemento intrínseco a la persona que la define como ser humano y como miembro de una comunidad.

La Corte entonces no puede ser ajena a que lo que justifica un trato diferenciado a los pueblos indígenas es precisamente la existencia de una identidad cultural que responda a una cosmovisión diferente a la de la mayoría de la sociedad. De esta manera, las medidas que adopte el ordenamiento jurídico y la interpretación que se les dé por parte del juez no pueden desconocer que la esencia de la protección es precisamente que dicha identidad exista. Cosa distinta es que la prueba de su existencia deba darse conforme a principios de

interpretación que se ajusten a la realidad del caso y a los principios de interpretación en materia indígena.

## 1. La forma de acreditación de la condición de indígena.

Como quedó dicho en el acápite anterior, el derecho fundamental a la identidad cultural de un miembro de una colectividad parte de la base de que quien alega tal condición realmente la ostente. “Por consiguiente, la demostración de la condición indígena debe darse a partir de la identidad cultural real del sujeto, que pregona su pertenencia a una determinada comunidad, y de la aceptación por parte de la comunidad de tal pertenencia e identidad.”<sup>21</sup> Existe entonces un problema probatorio para acreditar “lo indígena”, que en todo caso debe ser solucionado a la luz del bloque de constitucionalidad y de los principios desarrollados por esta Corporación.

En cuanto a lo primero, de los artículos 24622 y 33023 de la Carta se extrae la capacidad que se les dio a las comunidades indígenas “para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, [que] puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley”<sup>24</sup>. De igual forma, el convenio 169 de la OIT que hace parte del bloque de constitucionalidad consagra “para las autoridades colombianas la obligación de adelantar medidas tendientes a garantizar el respeto de la autonomía y el autogobierno de las comunidades indígenas, así como la prohibición de intervenir en asuntos propios de la esfera de gobierno de la comunidad.”<sup>25</sup>

En desarrollo de los anteriores preceptos, esta Corporación ha creado ciertos principios que deben ser respetados siempre que se interprete una norma relacionada con “lo indígena”, especialmente cuando su aplicación implique una tensión con el respeto al derecho fundamental a la identidad cultural. Uno de los principios adoptados es el de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas. Según la jurisprudencia de la Corte, éste consiste en la regla de que “al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos

gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”<sup>26</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, en materia probatoria es claro que cuando la aplicación de una norma en un caso concreto depende de que el destinatario acredite su condición de indígena, se tendrá en consideración que dicha prueba debe permitirse respetando los criterios establecidos por la propia comunidad según sus propias costumbres, salvo que con ello se vulneren intereses de superior jerarquía. En otros términos, a no ser que en un caso particular la acreditación de la condición de indígena conforme a los medios establecidos por la propia comunidad implique la vulneración de intereses de superior jerarquía, se respetará la autonomía de la comunidad para definir las formas de probar que un determinado individuo pertenece o no a ella. En cuanto al tipo de intereses que la jurisprudencia ha entendido como de mayor jerarquía la Corte dijo:

“49. Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.”<sup>27</sup>

En primer lugar, tales bienes 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). 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, 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.

En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”<sup>28</sup>

En atención a lo anterior, en principio esta Sala observa que mediante la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas en materia probatoria, no se vulnera ninguno de los intereses de mayor jerarquía descritos en la providencia citada; sin pretexto de que este análisis tenga que hacerse en cada caso concreto. En virtud de lo anterior, en términos generales esta Corporación ha aceptado la prevalencia de la identidad cultural de los pueblos indígenas permitiendo que sean ellos mismos quienes diseñen los mecanismos de prueba que consideran idóneos para la acreditación de su condición. Negar lo anterior no solo iría en contra del citado principio, sino que además amenazaría la identidad cultural de los pueblos indígenas y por ende sus derechos fundamentales.

Visto desde un punto de vista general, se ha aceptado que “para el establecimiento de dicha situación [de la condición de indígena], pueden ser aplicados diversos mecanismos, como las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo; las certificaciones del censo interno que, de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, debe llevar cada comunidad; estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto, etc.”<sup>29</sup> Sin embargo, en virtud del principio de maximización antes citado, “dentro de dichos mecanismos deben tener mayor peso los que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades como la inscripción en un determinado censo, que puede estar desactualizado o contener errores.”<sup>30</sup>

En atención a ello, la Corte ha entendido que mediante las certificaciones creadas por la propia comunidad se prueba la pertenencia de un individuo a una determinada comunidad y esto a su vez configura una presunción de la existencia de la cosmovisión propia de ésta. Así, a través de un mecanismo indirecto es posible presumir que una persona conserva la cosmovisión propia de su comunidad y por tanto se hace merecedor de la protección especial del estado a su identidad cultural. Nótese que la certificación en sí misma no acredita de manera directa la identidad cultural. Por el contrario, lo que prueba es la pertenencia a un

grupo específico que a su vez permite presumir que el individuo conserva su identidad, haciéndolo, en principio, beneficiario del trato diferenciado. Esta posición fue adoptada por esta Corporación en sentencia de 2009 en los siguientes términos:

“6.5. La condición de ser un indígena que conserva su ‘integridad cultural, social y económica’ es algo que ha de valorarse en el contexto específico de cada cultura y cada caso particular. No obstante, cuando una persona sea presentada por las autoridades tradicionales indígenas como alguien que pertenece a la comunidad debe presumirse y considerarse que conserva su identidad cultural. Cuando las autoridades tradicionales se han manifestado, no es la persona indígena la llamada a seguir probando su ‘autenticidad’ o ‘pureza cultural’. Por el contrario, corresponde a quienes no consideren cierta tal manifestación demostrar que la persona en cuestión no conserva su identidad cultural.”<sup>31</sup> (Subraya fuera de texto)

En síntesis, el elemento que justifica la protección de la identidad cultural de las comunidades indígenas es precisamente que esta efectivamente exista. En virtud del principio de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas es posible establecer una presunción de esa identidad mediante certificaciones expedidas por los propios gobiernos en donde se acredita la pertenencia de la persona a la comunidad. Corresponderá entonces a quien desconozca la veracidad de la presunción demostrar lo contrario.<sup>32</sup>

1. La exclusión del servicio militar obligatorio consagrada en el artículo 27 de la ley 48 de 1993.

La Corte ha utilizado la figura de la “excepción por diversidad etnocultural”<sup>33</sup> para excluir de la aplicación de ciertas normas generales a quienes en virtud de su identidad cultural merecen un trato diferenciado del resto de la sociedad. Este tipo de medidas han sido adoptadas por ejemplo en materia carcelaria,<sup>34</sup> penal,<sup>35</sup> de representación política<sup>36</sup> y de servicio militar. En este último evento, en desarrollo del artículo 216 de la Constitución<sup>37</sup> la ley 48 de 1993 consagró los casos de exclusión de la obligación de prestar servicio militar que por regla general tienen todos los colombianos varones mayores de edad. Al respecto dice el artículo 27:

ARTICULO 27. Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar: (...)

b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

Esta norma fue inicialmente objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia C-058 de 1994 en donde se declaró la exequibilidad de la exclusión. En esta oportunidad se consideró que el condicionamiento de residir en su territorio y conservar su integridad cultural, social y económica se encontraba acorde a la Constitución, toda vez que la protección en este caso se daba a la comunidad como ente colectivo y no a los indígenas individualmente considerados. En esa oportunidad se dijo:

“(...) la Corte comienza por analizar qué es lo que fundamenta la exención al servicio militar obligatorio a aquellos indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica, consagrado por la norma impugnada.

Al diferenciar a los indígenas de los demás ciudadanos respecto a la prestación del servicio militar, considera la Corte que el legislador procedió razonablemente porque actuó en función de un fin constitucionalmente legítimo, como es la defensa de las minorías, a fin de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP art 7).

(...) Ahora bien, el servicio militar obligatorio, al sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con sus deberes militares, puede constituir una amenaza a la preservación de la existencia y la identidad de estos grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, por cuanto la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria. Era entonces razonable que el legislador eximiera a los indígenas de cumplir con el deber constitucional de prestar el servicio militar.

Pero, destaca la Corte, para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la

comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas.

En otras palabras, los indígenas que vivan con el resto de la población colombiana o con los mismos hábitos que ésta, no están exentos del servicio. Ellos están sometidos al régimen general de la Constitución y la ley, que propugna la dignidad del hombre con unos derechos y deberes que cumplir.”

Sin embargo, al pronunciarse sobre la presunta violación al derecho de circulación consagrado en el artículo 16 de la Carta que implicaría someter a los miembros de las comunidades a no separarse de sus territorios so pena de dejar de ser tenidos como indígenas, la Corte manifestó:

“El indígena es libre de circular por todo el territorio nacional y puede salir y entrar del país conforme a su libre albedrío. Ello no es sino una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, de que trata el artículo 16 de la Constitución. En ningún momento la norma limita estos derechos. Lo que simplemente hace la norma es prescribir que si el indígena espacial y culturalmente ha dejado de serlo, se somete al régimen jurídico de los que tampoco lo son, para los solos efectos de prestar el servicio militar que, lo desea reitera la Corte, no es una sanción.

(...) Lo anterior muestra que el concepto de residencia en el territorio establecido como requisito para que opere la exención del artículo 27 debe ser interpretado de manera amplia y no restrictiva. En este sentido, la Corte considera aplicable a tal efecto la definición de “tierras” contenida en el artículo 13 del Convenio N° 169 de la O.I.T, ratificado por Colombia por la Ley 21 de 1991, puesto que éste, por ser un tratado de derechos humanos sirve como criterio interpretativo de los derechos y deberes establecidos por la Carta (CP art 93). Dispone tal norma que el concepto de territorio “cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (subrayado de la Corte).”

De lo anterior se tiene que si bien en esa oportunidad fue declarada exequible la norma

acusada, también se dejó sentado el precedente de que el concepto de residencia en el territorio como requisito para que opere la exención del artículo 27 citado debe ser entendido de manera amplia y no restrictiva, permitiendo desligar en cierta medida “lo indígena” de una concepción rígida limitada a la residencia en una área determinada.

Mediante pronunciamiento de 2009 la Corte estudió nuevamente el artículo 27 de la ley 48 de 1993 en un caso en donde un joven indígena pretendía ser beneficiario de la exclusión al servicio militar, aún cuando este no residía en el territorio de su comunidad. En esta oportunidad se adoptó la posición amplia y no restrictiva de residencia en un área determinada que había sido considerada por esta Corporación de manera abstracta, y aceptó la existencia de la identidad cultural de un miembro de una comunidad que había abandonado su territorio. Sobre este punto concluyó lo siguiente:

“5.2.5. Así pues, no hay una relación absoluta e indispensable entre el factor territorial y la conservación de la cultura. El hecho de no residir en el territorio de la comunidad indígena no implica necesariamente, como lo indicó la Sala Plena de la Corte, la pérdida de los elementos distintivos del grupo étnico. El factor territorial no es, por tanto, condición necesaria para la pertenencia de la persona a una comunidad indígena. De hecho, el conflicto armado actual ha implicado el desplazamiento de una parte significativa de la población indígena, que se ve obligada a tratar de sobrevivir y preservar su identidad, en contextos territoriales distintos a los tradicionales.<sup>38</sup> Un indígena que ha sido desplazado a la ciudad no pierde la protección que ofrece la excepción etnocultural referente al servicio militar obligatorio; por el contrario, en su caso se hace más urgente la protección constitucional que la de aquellas personas que permanecen en su territorio tradicional. (...)

5.2.7. Ahora bien, aceptar que la identidad indígena no está ligada de manera esencial al territorio ha llevado a la jurisprudencia constitucional a plantear el problema de cómo puede determinarse la condición de indígena de una persona, para así poder establecer si tiene o no derecho a las protecciones constitucionales especiales que se reconocen en un estado pluriétnico y multicultural como el consagrado por la Constitución Política de 1991.”<sup>39</sup>

Como se desprende de lo dicho hasta aquí, una interpretación de la exclusión contenida en el artículo 27 citado, que se encuentre acorde con los principios adoptados por esta Corte en materia indígena (maximización de la autonomía de las comunidades indígenas), implica

necesariamente tener en cuenta tres aspectos fundamentales:

i. La condición de indígena que es objeto de protección especial es algo intrínseco a la persona y se encuentra relacionado con la existencia de una identidad cultural determinada.

i. Si bien la permanencia en un territorio se encuentra ligada a la existencia de la identidad cultural, esto no implica que por el solo hecho de no residir en un espacio geográfico determinado, los miembros de la comunidad que por diversas razones abandonan el territorio pierdan su condición de indígenas.

i. En virtud del principio de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, es posible presumir la existencia de la identidad cultural de un miembro de la comunidad a través de las certificaciones expedidas por los gobiernos de éstas.

1. El servicio militar de quienes acrediten su condición de indígena es voluntario.

En defensa del derecho fundamental a la identidad cultural, quienes tengan la condición de indígenas se encuentran excluidos en todo tiempo de prestar el servicio militar obligatorio. No obstante, surge el interrogante de qué ocurre cuando un joven indígena voluntariamente decide ingresar a prestar servicio y qué cuando con posterioridad a ello desea retirarse.

Sobre este aspecto, la misma sentencia T-113 de 2009 consideró que en esos casos el servicio militar es de carácter voluntario y no obligatorio. Al ser visto de esta manera, se dijo que si bien el indígena tiene la potestad para decidir conforme a su propia autonomía si ingresa o no al servicio militar, ello no implica que en ese momento se vuelva obligatorio, por el contrario, conserva el derecho de retirarse en el momento que así lo desee. Esta afirmación se desprende del texto mismo del artículo 27 de la ley 48, el cual establece que la

exclusión será “en todo tiempo”. Al respecto la Corte precisó lo siguiente:

“8.3. Cuando un indígena decide prestar servicio, no por ese hecho adquiere ‘la obligación de prestarlo’. En otras palabras, cuando un indígena decide ingresar al Ejército Nacional a prestar servicio, y es aceptado por la institución, se trata de un servicio militar ‘voluntario’, no ‘obligatorio’. En todo caso, como la afectación y el impacto que podría recibir el soldado indígena es significativo, así haya sido su deseo y voluntad ingresar a la institución, él conserva el derecho para, en cualquier momento, dejar de tener la voluntad de querer seguir prestando el servicio militar, en tanto no es para él una obligación permanecer allí. Como se señaló, la excepción etnocultural establecida en este ámbito por el Congreso es categórica, ‘en todo tiempo’. Esto incluye, tanto el tiempo anterior a que un indígena voluntariamente ingrese al Ejército, como el tiempo posterior a dicha declaración. La única fuente de permanencia en el Ejército es, por tanto, la libre voluntad de la persona.

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

En síntesis, en aquellos casos en donde se alegue la condición de indígena con posterioridad al reclutamiento, basta con que se presenten dos elementos para que se configure el derecho en cabeza del soldado de que le sea dada la baja: i) la manifestación del deseo de retiro y ii) la acreditación de la condición de indígena. No hacerlo implica una violación al derecho fundamental a la identidad cultural.

Ahora bien, puede presentarse igualmente que por las diversas maneras en las que se da el

reclutamiento en diferentes zonas del país, los miembros de las comunidades indígenas no conozcan el derecho a la exclusión del servicio militar del que son beneficiarios. En esos casos considera la Sala que es deber de las autoridades informar de manera completa y adecuada la no obligatoriedad del servicio militar, de tal forma que “si existen criterios claros y objetivos para pensar que el joven sí pertenece a una comunidad indígena, es deber del Ejército Nacional adoptar las medida adecuadas y necesarias para esclarecer su identidad”<sup>40</sup>. De esta forma, la Corte ha adoptado la tesis del consentimiento informado, según la cual “el Ejército Nacional debe adoptar las medidas adecuadas y necesarias para informar claramente a los jóvenes indígenas que voluntariamente deseen ingresar a prestar servicio en las Fuerzas Armadas, que ellos no tienen la obligación legal de permanecer en la institución militar y, por tanto, ‘en todo tiempo’, cuando libre, voluntaria y autónomamente lo decidan, pueden retirarse. Esta información, junto con la posibilidad de mantener un diálogo con su comunidad antes de ingresar a prestar el servicio y mientras dure el mismo, son requisitos indispensables para que se entienda informado el consentimiento otorgado por un joven indígena.”<sup>41</sup> Recae sobre la institución entonces un deber de adelantar los procedimientos que sean necesarios para que la decisión que tomen los miembros de las comunidades indígenas se encuentre suficientemente informada, al punto de que si en algún momento deciden abandonar las filas lo puedan hacer.

## 1. Caso concreto

De los antecedentes del caso se encuentra que el joven Efrén Tique Ducuara, quien nació en el cabildo indígena “Resguardo Indígena Potrerito Doyare”, fue reclutado para prestar servicio militar en el mes de junio de 2010 en la localidad de Puente Aranda en la ciudad de Bogotá, ingresando a filas en septiembre del mismo año. En la narración de los hechos manifestó que había sido reclutado en contra de su voluntad y que inmediatamente después de su incorporación le había manifestado al Ejército su condición de indígena con la intención que le fuera dada la baja, solicitud que afirma haber intentado nuevamente en septiembre de 2011, sin que en ningún caso la entidad hubiera contestado a sus peticiones.

A raíz de lo anterior, el 7 de diciembre de 2011 instauró acción de tutela contra el Ejército Nacional argumentando la violación a su derecho a la identidad cultural, con la pretensión de

que por este medio se ordenara la baja del servicio militar que se encontraba prestando, así como la expedición de la libreta militar. Con la demanda fueron aportadas como pruebas documentales las cédulas de ciudadanía de sus padres Tique Madrigal Eladio y Ligia Ducuara Otavo; y una petición de fecha 2 de diciembre de 2011, suscrita por el señor Félix Albino Tique Tique Gobernador del “Resguardo Indígena Potrerito Doyare”, en donde este certifica la calidad de indígena del joven accionante y pide al Ejército que por esa razón le sea dada la “libertad”. En el documento no aparece constancia de recibo por parte de la entidad.

Habiendo sido avocado el conocimiento de la acción, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección tercera, subsección A, en sentencia de fecha 19 de enero de 2012 decidió no tutelar el derecho fundamental invocado por el accionante bajo el argumento de que el Ejército desconocía su condición de indígena ya que nunca lo manifestó ni acreditó. Sin embargo, el juez de instancia no desconoció esta circunstancia y le ordenó al Ejército Nacional que definiera su situación militar conforme a la documentación que obraba en el expediente y a la parte motiva de la providencia.

Remitido y seleccionado el caso por la Corte Constitucional, se consideró necesario conocer la situación actual del joven Tique Ducuara, bajo el entendido de que para esa fecha ya podía haber culminado el periodo de prestación del servicio, sumado a que como consecuencia de la orden del juez de instancia, se le podía haber dado la baja. Por esta razón, mediante auto de 30 de mayo de 2012 se le solicitó al Comandante del Batallón de Ingenieros número 13 “General Antonio Baraya”, que indicara las circunstancias actuales del señor Efrén Tique Ducuara. En respuesta a lo anterior, la entidad informó que el joven había prestado servicio durante 1 año, 3 meses y 26 días, en condición de soldado regular. Adicionalmente se refirió a que éste había salido de permiso el 22 de diciembre de 2011 debiéndose reincorporar el 28 del mismo mes. Sin embargo, el señor Tique Ducuara nunca regresó a la unidad, razón por la cual actualmente cursa en su contra una investigación en el Juzgado 74 Penal Militar por el delito de deserción.

Como quedó explicado en la parte motiva de esta providencia, la Constitución del 91 consagra la protección de la identidad cultural bajo el supuesto de la existencia de una cosmovisión distinta a la de la mayoría de la sociedad por parte de los miembros de las comunidades indígenas. De esta forma, quedó claro que el interés que es objeto de especial protección es precisamente la presencia de esa identidad. Para la acreditación de ello, esta

Corporación ha dado aplicación al principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas en virtud del cual siempre que se presente tensión entre la preservación de la identidad cultural con otros intereses debe preferirse la autonomía de las comunidades, salvo que con ello se afecten intereses de mayor jerarquía. En aplicación de este principio, la Corte ha aceptado que en aquellos casos en donde lo que se pretende es la acreditación de la identidad cultural de un miembro de una comunidad específica, se permitan aquellos medios creados por ella misma para tal fin. Principalmente se ha considerado que las certificaciones expedidas por los gobiernos indígenas en donde se acredita la pertenencia de un individuo a una comunidad específica, establecen una presunción de la existencia de la identidad cultural, lo cual permite a su vez que su destinatario sea considerado como indígena en el plano jurídico.

Para el caso específico de la exclusión al servicio militar contenida en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, se analizó el condicionamiento de la permanencia en el territorio como criterio para establecer la existencia de la identidad cultural. En ese contexto se encontró que si bien la norma fue declarada exequible por la Corte, dicha exigencia debía ser interpretada de manera amplia y no restrictiva. Por el contrario, al comprender “lo indígena” como un componente intrínseco a la persona que está compuesto por su memoria y su historia, se permite aceptar que la identidad cultural no depende del factor geográfico. Sumado a lo anterior, en un caso similar al que aquí es objeto de estudio se determinó que en materia indígena el servicio militar es de carácter voluntario y no obligatorio, aspecto que debe ser reconocido en todo tiempo. En virtud de ello, nada obsta para que si un joven indígena quiere voluntariamente ingresar a prestar servicio, este pueda hacerlo sin que eso le impida desvincularse en el momento que así lo desee. Por último, se hizo mención a la obligación que tiene el Ejército de informar adecuadamente a quienes ingresan al servicio acerca de las causales de exclusión y específicamente de la voluntariedad de la prestación en el caso de los indígenas.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones se analizaran las dos actuaciones relevantes de la entidad, en aras de determinar si en alguna de ellas se configuró una violación al derecho fundamental a la identidad cultural en los términos descritos en esta providencia.

#### i. Reclutamiento e incorporación.

De los antecedentes del caso se evidencia que el accionante manifiesta que fue reclutado en contra de su voluntad en un retén militar y que fue desconocida su condición de indígena. Sin embargo, fueron aportadas por la entidad diferentes pruebas documentales firmadas por el accionante en donde se aprecia que el joven Tique Ducuara conocía la existencia de la exclusión del servicio militar de que gozan los miembros de las comunidades indígenas. Sumado a ello, al verificar las fechas de los hechos se encuentra que el accionante ingresó a las filas en el mes de septiembre de 2010, sin que exista una prueba o constancia de que este hubiera solicitado la baja. De hecho, la certificación expedida por el gobernador indígena tiene fecha 2 de diciembre de 2011, es decir más de un año después de haber iniciado la prestación del servicio militar. De esta manera, no existen elementos de juicio suficientes para suponer que el Ejército Nacional conocía la situación especial del accionante al momento del reclutamiento ni de la incorporación, razón por la cual no es posible endilgar una violación del derecho a la identidad cultural en esta actuación.

En este punto se debe hacer la aclaración de que el hecho de haber sido reclutado en la ciudad de Bogotá y la existencia de rasgos de “desculturización” como lo son su oficio, su lengua o su vivienda propia fuera de su comunidad, no implican que el accionante haya dejado de ser indígena. Esto se desprende de que, como quedó dicho, esa condición se presenta como un elemento intrínseco de la persona ligado a la existencia de una cosmovisión propia de la comunidad; aspecto que en el caso concreto no está en entredicho ni fue controvertido en ninguna etapa. Por el contrario, no se habla de violación de la identidad cultural en el acto de incorporación por cuanto no se aprecia que la entidad hubiera hecho caso omiso de la condición de indígena del señor Tique Ducuara; de hecho existen elementos que permiten concluir que el Ejército obró de manera diligente en el procedimiento, como lo son las constancias firmadas por el accionante de que este no se encontraba inmerso en ninguna de las causales de exclusión.

#### i. Otorgamiento de la baja con posterioridad a la incorporación.

Como quedó expresado más arriba, no existe prueba alguna de que el Ejército tuviera conocimiento de la calidad de indígena del accionante sino hasta el momento en el que le fue

notificada la acción de tutela el día 14 de diciembre de 2011. Sobre este aspecto, tanto el artículo 27 de la ley 48 de 1993 como la jurisprudencia de esta Corporación, reconocen que la exclusión del servicio militar para el caso indígena aplica “en todo tiempo”. Es decir, que basta con que se presenten i) la manifestación del deseo de retiro y ii) la acreditación de la condición de indígena, para que surja el derecho a recibir la baja de manera inmediata. No hacerlo implica una violación al derecho fundamental a la identidad cultural.

De esta manera, si bien la autoridad militar no violó el derecho fundamental a la identidad cultural al momento del reclutamiento, lo cierto es que la materialización de estos dos requisitos se dio con la notificación de la solicitud de amparo, por lo que una vez ocurrido esto, la entidad debió permitir el retiro voluntario del señor Tique Ducuara, en vez otorgarle un permiso con fecha de reintegro el 28 de diciembre de 2011. Con esta actuación el Ejército vulneró el derecho fundamental invocado, por lo que la Corte le ordenará que resuelva la situación militar del accionante, de tal forma que para todos los efectos se entienda que su retiro ocurrió desde el 14 de diciembre de 2011 con la notificación de la admisión de la acción de tutela.

En cuanto al proceso penal militar que se encuentra en curso por el delito de deserción, la Sala le ordenará igualmente a la entidad accionada que una vez se hayan producido los actos que convaliden el retiro desde esa fecha, envíe copia de aquellos al juez de conocimiento, de tal forma que éste pueda valorar el hecho de que para el momento en el que se inició la actuación ante esa jurisdicción, el señor Tique Ducuara ya debía haber sido desvinculado de la institución.

Por último, se ordenará el envío de una copia de la presente sentencia al juez de conocimiento, para que dentro del campo de su autonomía judicial, valore los argumentos expuestos en este fallo, especialmente el hecho de que su retiro voluntario se debió generar desde la fecha de notificación de la acción de tutela.

### III. DECISIÓN

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

**RESUELVE**

PRIMERO.- REVOCAR el fallo del 19 de enero de 2012 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que decidió no tutelar el derecho fundamental invocado por el ciudadano Efrén Tique Ducuara por los argumentos expuestos en esta providencia y en su lugar CONCEDER el amparo invocado.

SEGUNDO.- ORDENAR al Ejército Nacional que en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de esta providencia, defina la situación militar del señor Efrén Tique Ducuara, de tal manera que se entienda que para todos los efectos a este se le debió dar la baja desde el 14 de diciembre de 2011, toda vez que por su condición de indígena se encuentra excluido de prestar servicio militar obligatorio, en los términos expuestos en esta sentencia.

TERCERO.- ORDENAR al Ejército Nacional que una vez proferidos los actos que se expidan en cumplimiento de la orden anterior, inmediatamente envíe copia de éstos al Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar, de tal forma que éste pueda valorar el hecho de que para el momento en el que se inició la actuación ante esa jurisdicción, el señor Tique Ducuara ya debía haber sido desvinculado de la institución.

CUARTO.- ENVIAR al Juzgado 74 de Instrucción Penal Militar copia de la presente providencia, para que dentro del ámbito de su autonomía, evalúe los argumentos expuestos en esta sentencia, en especial el hecho de que para todos los efectos al señor Efrén Tique Ducuara se le debió dar la baja desde el día 14 de diciembre de 2011.

QUINTO.- LÍBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 “Artículo 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.” (Subraya fuera de texto)

2 “Artículo 5. La acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2o. de esta ley. También procede contra acciones u omisiones de particulares, de conformidad con lo establecido en el Capítulo III de este Decreto. La procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.” (Subraya fuera de texto)

3 Sentencia T - 012 de 2009

4 Ver entre otras sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003;

SU-383 de 2003; C-401 de 2005.

5 Ver entre otras sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.

6 Sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005.

7 Ver por ejemplo la sentencia T-1127 de 2001.

8 Ver entre otras sentencias T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004; T-1238 de 2005.

9 Se pueden consultar entre otras las sentencias T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998.

10 Ver entre otras sentencias SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003.

11 Sentencias T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU-510 de 1998; T-652 de 1998.

12 Sentencia T-778 de 2005.

13 Ibídem.

14 Ibídem.

15 Sentencia T-188 de 1993.

16 Sentencia T-380 de 1993.

17 Sentencia T-496 de 1996.

18 Sentencia T-428 de 1992.

19 Sentencia SU-510 de 1998.

20 Sentencia T-129 de 2011. En similar sentido, en la sentencia T-349 de 1996 se desarrollaron los conceptos de “cultura” y “etnia” en donde la Corte manifestó que “De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una “etnia” deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera: (...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente. La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.”<sup>20</sup> En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.

21 Sentencia T-703 de 2008.

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

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.

5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PARAGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

24 Sentencia SU-510 de 1998

25 Sentencia T-703 de 2008.

26 Sentencia T-601 de 2011.

27 ST-349 de 1996.

28 Sentencia SU-510 de 1998.

29 Sentencia T-703 de 2008.

30 *Ibíd.*

31 Sentencia T-113 de 2009.

32 En este sentido puede consultarse por ejemplo la sentencia T-728 de 2002 en donde se negó la protección del fuero indígena dado que se demostró que el acusado en un proceso penal había perdido su identidad cultural. En la providencia se dijo: “Finalmente, en la sentencia condenatoria proferida el 3 de septiembre de 2001 por el Juzgado Penal del

Circuito de La Plata, se dijo que “la prueba es concreta en señalarla como persona que si bien es indígena y aún reside en un resguardo, su racionalidad y cosmovisión es indicativa que su vida se desarrolla en un porcentaje en nuestro medio, lo cual incluso la ha llevado a no hablar ya la lengua nativa, aunque dice entenderla”. (fl. 46) Por lo tanto, considera la Sala que no es dable reconocerle a Omaira Pancho Sancha el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser capaz de entender los valores de la conducta recriminada, no resulta inconveniente juzgarla de acuerdo con el sistema jurídico nacional.” (Subraya fuera de texto). En el mismo sentido la sentencia T-496 de 1996 reconoció esta situación al afirmar: “Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.” (Subraya fuera de texto).

33 Al respecto pueden verse las sentencias T-778 de 2005 y T-686 de 2007.

34 Ver sentencia C-394 de 1995.

35 Ver sentencia C-370 de 2002.

36 Ver sentencia T-778 de 2005.

37 “Artículo 216. La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo.”

38 Por ejemplo, en la sentencia T-1094 de 2004 (...) se tuteló los derechos de un indígena de la etnia Pijao y de su núcleo familiar, compuesto por su señora madre y tres hijos menores, quienes habían sido desplazados de la vereda Santa Marta Palmar (Tolima) y la Red de Solidaridad Social se negaba a inscribirlos ‘en el Registro Nacional de Población Desplazada.’ La Corte Constitucional declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población en situación de desplazamiento (T-025 de 2004); y ha adoptado una serie de medidas orientadas a garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de

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

En el diseño de este programa se aplicarán los parámetros constitucionales de participación de las organizaciones que abogan por los derechos de los pueblos indígenas, así como de líderes de los pueblos indígenas más afectados por el desplazamiento.

39 Sentencia T-113 de 2009. Sobre la independencia de la identidad cultural respecto del territorio puede verse también la sentencia T-778 de 2005 en donde se dijo: "Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado

y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.).”

40 Sentencia T-113 de 2009.

41 *Ibíd.*