

Sentencia T-514-09

Referencia: expediente T-2.153.207

Acción de tutela de José Cenen Madrigal Tique contra Juan Romero Malambo, Gobernador y Representante Legal del Resguardo Indígena Chenche Buenos Aires Tradicional (Coyaima, Tolima).

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo proferido sobre el asunto de la referencia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Coyaima, Tolima, el diecisiete (17) de octubre de dos mil ocho (2008), en primera instancia, y el Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito del Guamo, Tolima, el veintiocho (28) de noviembre de dos mil ocho (2008), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. José Cenen Madrigal Tique (el peticionario), ciudadano colombiano y miembro de la comunidad indígena Chenche Buenos Aires Tradicional, organizada como Resguardo en el municipio de Coyaima, Tolima, interpuso acción de tutela contra el Gobernador del Resguardo, Juan Romero Malambo, con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la integridad étnica y cultural, la identidad indígena, el derecho adquirido a participar de los beneficios del Sistema General de Participaciones y la Jurisdicción Especial Indígena. A continuación se sintetizan los

fundamentos fácticos de la demanda1:

1.1. La Comunidad Indígena Chenche Buenos Aires Tradicional, ubicada en el municipio de Coyaima, Tolima, fue reconocida como Resguardo por el Incora en 1997.

1.2. En 1993 -antes del reconocimiento oficial del resguardo-, el cabildo de la comunidad decidió adjudicar parcelas de una, dos y cuatro hectáreas, como recompensa por el trabajo comunitario realizado por algunos de sus miembros. El peticionario, quien se desempeñaba como “ventero”, recibió una (1) hectárea de tierra.

1.3. El Señor Madrigal Tique expresa que nació y se crió en el Resguardo, como consta en los censos efectuados por la División de Etnias del Ministerio del Interior en los años 2001 y 2002.

1.4. Desde el año 2003, las autoridades del Resguardo incluyeron al actor y su grupo familiar como beneficiarios de los proyectos adelantados con los recursos recibidos por transferencias de la Nación, tales como “[el] Proyecto ganadero y [el] Proyecto de Vivienda”.

1.5. En el año 2007, el grupo familiar del peticionario fue excluido “del beneficio del SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES” debido, a juicio del actor, a que tuvo que ausentarse del territorio del resguardo por motivos laborales.

1.6. El peticionario elevó derecho de petición ante el Gobernador del Resguardo el siete (7) de diciembre de dos mil siete (2007), solicitando información sobre las razones por las que fue excluido del Sistema General de Participaciones, y copia de las actas de la Asamblea General de la comunidad en las que conste la forma en que se adoptó la decisión. Como respuesta al derecho de petición, en febrero de 2009, el Gobernador “ratific(ó) la decisión de excluir[lo] del núcleo de familias beneficiadas con el Sistema General de Participaciones”.

1.7. El accionante expone que cuando se ha ausentado del Resguardo, ha dejado a su madre como “reemplazo en representación legal, donde yo le mando los recursos que solicita la comunidad para ayuda en cualquier evento que sea necesario y por lo tanto me encuentro a Paz y Salvo, en trabajos comunitarios, cuotas de quincenas y cuotas

que pidan para salidas de compañeros a cumplir tareas y en la presentación de llamado a lista y yo personalmente he asistido a reuniones que el Resguardo realiza.”

2. Argumentos jurídicos de la demanda.

2.1. El peticionario tiene derecho a ser beneficiario de los recursos que recibe el Resguardo del Sistema General de Participaciones, pues (i) es miembro de la comunidad; y (ii), ha cumplido con las obligaciones pactadas desde 1991, “cuando fueron entregados los pancogeres y las 52 familias fundadoras aportaron jornales de trabajo comunitario”.

2.2. El Gobernador del Resguardo, al excluirlo del Sistema General de Participaciones desconoció su calidad de indígena y sus derechos adquiridos; incurrió en arbitrariedades, al obligar a la comunidad a firmar las actas de la Asamblea General; y desconoció el derecho fundamental al debido proceso al imponer una sanción que no contempla el Reglamento de Chenche Buenos Aires Tradicional, lo que resulta incompatible con el principio de legalidad (artículo 29, C.P.).

2.3 La medida atenta contra el derecho a la igualdad pues discrimina y margina a miembros de la comunidad que han tenido que ausentarse del territorio por motivos laborales, y constituye una restricción injustificada al derecho al trabajo, dado que sus salidas obedecen a la necesidad de garantizar el sustento de su grupo familiar en las temporadas en que no hay oportunidades laborales en el Resguardo.

2.4. El actor afirma que la acción cumple los requisitos de procedibilidad, toda vez que, previa la interposición de la tutela, agotó los conductos regulares para la protección de sus derechos, así: (i) mediante derecho de petición ante el gobernador del Resguardo, y (ii) a través de la interposición de una queja ante el Tribunal Superior Indígena del Tolima, sin encontrar protección a sus derechos.

La solicitud material de amparo se concreta en ordenar a las autoridades del Resguardo la vinculación inmediata del grupo familiar del peticionario a los beneficios del Sistema General de Participaciones.

3. Intervención del Gobernador del Resguardo Chenche Buenos Aires

Tradicional.

El señor Tobías Yara Tique, quien reemplazó al señor Juan Romero Malambo como Gobernador y Representante Legal del Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional, intervino en el trámite de la primera instancia para solicitar al juez constitucional denegar el amparo, con base en las siguientes consideraciones:

3.1. Es cierto que en 1990 el cabildo de la comunidad le entregó una parcela de una hectárea al peticionario por su colaboración como “ventero” de la comunidad; sin embargo, desde 1993 se marchó para Bogotá, donde reside con su grupo familiar desde hace aproximadamente 15 años, abandonando la comunidad, dejando su parcela en rastrojo, e incumpliendo la obligación de asistir a las reuniones de la Asamblea General.

3.2. Cuando el Incora reconoció el Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional, en el año 1997, el peticionario no apareció en el censo como cabeza de un grupo familiar sino que “su padre lo incluyó dentro del suyo; en 2001, el accionante aparece relacionado como familia 77, con hijos nacidos en 1994 y 1996, lo que demuestra que previa la constitución del Resguardo, el peticionario tenía un grupo familiar independiente pero en Bogotá, lo que explica que no haya sido incluido en el grupo de “familias fundadoras del resguardo””.

3.3. En el año 2002 el peticionario manifestó su interés por regresar al Resguardo y ser inscrito en el censo con su esposa e hijos, bajo el compromiso de que su madre se encargaría de cumplir sus obligaciones hasta el momento del regreso. La comunidad aceptó, con la condición de que el regreso debía producirse en un plazo de dos años. Estos acuerdos se pactaron con varios indígenas en situación similar a la del peticionario, y se conocen en la comunidad como “reemplazos”.

3.4. En 2007, la Asamblea General de la Comunidad encontró que ninguna de las familias que se comprometió a regresar lo había hecho, por lo que decidió terminar los reemplazos y excluir del Sistema General de Participaciones a quienes residen fuera del Resguardo. El 27 de junio de 2007, la Asamblea decidió que solo quienes se encuentran al interior del Resguardo pueden ser beneficiarios del Sistema General de Participaciones³, y el 26 de enero de 2008⁴ decidió que los recursos se repartirían entre 51 familias que tienen la calidad de fundadoras. Tales decisiones

fueron discutidas nuevamente y ratificadas por la Asamblea General el 16 de febrero de 2008. El señor Madrigal Tique no reside en el resguardo, ni es cabeza de ninguna familia fundadora.

3.5. El Gobernador del Resguardo no ejerció presión alguna sobre la población como lo afirma el peticionario, a quien no le consta lo que sucede en las reuniones de la Asamblea, pues no asiste a ellas.

3.6. En conclusión, las decisiones demandadas se ajustan a la Constitución y la Ley, pues los beneficios que reciben las familias son para aquellas que están dentro del territorio y cumplen con los reglamentos propios de cada parcialidad indígena. Por ello, el artículo 246 de la Constitución Política indica que la Jurisdicción Especial Indígena solo puede ejercerse en el ámbito territorial de la comunidad indígena. Es claro, entonces, que para beneficiarse de los recursos del Estado los indígenas deben residir dentro del territorio indígena y conservar su identidad cultural. El Reglamento interno tampoco establece la posibilidad de que familias que residen por fuera del resguardo puedan beneficiarse de los recursos del Sistema General de Participaciones, pues la comunidad y su organización “pervive” con las personas que están dentro del territorio.

3.7. “(L)os hechos [expuestos por el peticionario] ya fueron puestos en conocimiento por el accionante ante el Tribunal Superior Indígena del Tolima, tal como lo manifiesta en la demanda, [instancia que] se abstuvo de tramitar dicha queja” porque algunos miembros del Tribunal asistieron a la reunión de 26 de enero de 2008 y constataron que las peticiones del señor Madrigal Tique carecen de respaldo legal.

4. Del fallo de primera instancia.

4.1. El Juzgado Promiscuo de Coyaima, en sentencia de diecisiete (17) de octubre de dos mil ocho (2008) decidió proteger el derecho fundamental al debido proceso del peticionario, y denegar la protección a los demás derechos presuntamente vulnerados (igualdad, trabajo, Jurisdicción Especial Indígena).

4.2. El a quo consideró que las autoridades del resguardo desconocieron el derecho fundamental al debido proceso del accionante, pues las decisiones controvertidas se adoptaron sin su presencia y sin garantizarle el ejercicio del derecho de defensa.

4.3. En cuanto a los demás derechos presuntamente vulnerados, estimó el a-quo que los argumentos del peticionario carecen de fundamento pues su decisión de ausentarse del resguardo por un período de quince años, afecta los principios sobre los que se funda la comunidad indígena de Chenche Buenos Aires Tradicional, tal como aparecen consagrados en su reglamento, lo que justifica la decisión de excluirlo del Sistema General de Participaciones.

4.4. En consecuencia, el juez de primera instancia decidió “dejar sin efectos la decisión Tomada por La Asamblea del Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional, en su reunión de 16 de Febrero de 2008, confirmada por Acta No. 06 de la misma fecha” y “Ordenar a la comunidad Chenche Buenos Aires Tradicional que reunida en pleno, y obrando de conformidad con su reglamento y prácticas tradicionales, en presencia del accionante, señor José Cenen Madrigal Tique, decida respecto de su exclusión o no, de los beneficios otorgados por el Sistema General de Participaciones” (se conservan las mayúsculas del original).

5. Impugnación del fallo de primera instancia.

5.1. El Gobernador del Resguardo impugnó el fallo de primera instancia, alegando que el juez constitucional no debió amparar el derecho fundamental al debido proceso, por las mismas razones que lo llevaron a denegar la protección de los demás derechos supuestamente vulnerados.

5.3. El peticionario no asiste a las reuniones de la Asamblea ni ha dejado su número telefónico o dirección en Bogotá para informarle sobre las reuniones en los escritos que ha radicado en el cabildo. Sin embargo, ha expresado que su madre puede recibir cualquier información y es consciente de que sus padres representan sus intereses en la Asamblea General. El accionante no puede alegar que se violó su derecho al debido proceso por tomar decisiones sin su presencia cuando él ha decidido dejar de asistir a las reuniones.

5.4. La decisión de excluir de los beneficios del Sistema General de Participaciones afecta a todas las familias que están por fuera del territorio, así que no se trata de una sanción en contra del peticionario. Son decisiones adoptadas por la comunidad reunida en Asamblea General, con la presencia de la mayoría de los afectados, y con los familiares “de

quienes estaban ausentes, quienes defendieron los intereses de sus parientes ausentes... como garantía y respeto del debido proceso”, situación que, en concepto de la Corte Constitucional no implica una afectación al debido proceso.

6. Fallo de segunda instancia.

El Juzgado Segundo (2º) Civil del Circuito del Guamo, Tolima, confirmó el fallo de primera instancia, con base en los argumentos que a continuación se exponen:

6.1. El peticionario es miembro del resguardo, de acuerdo con el reglamento y como consta en los diferentes censos conocidos durante el trámite de la tutela. En el 2001 fue reconocido como “jefe fundador”.

6.2. Que el peticionario aparezca en los censos de la comunidad, pero las autoridades de esta afirmen que desde hace 15 años se marchó para la ciudad de Bogotá resulta inexplicable, así que la decisión tomada por las autoridades políticas del resguardo, en el sentido de excluirlo del Sistema General de Participaciones en 2007 carece de fundamento y se traduce en una violación “irresponsable y flagrante al debido proceso y derecho de defensa (del peticionario), pues no fue citado ni informado de las decisiones que se adelantaron dentro del cabildo”.

6.3. El carácter arbitrario de la decisión se evidencia al constatar que la decisión no fue consultada con el Tribunal Superior Indígena del Tolima que es la máxima autoridad del cabildo.

7. Pruebas solicitadas por la Corte Constitucional.

El Magistrado Sustanciador, en autos de treinta y uno (31) de marzo de dos mil nueve (2009) y trece (13) de abril de dos mil nueve (2009), decretó pruebas con el fin de obtener información adicional sobre (i) la forma en que se llevan los censos para la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones a los Resguardos; y (ii), las funciones del Tribunal Superior Indígena del Tolima. En la medida en que las pruebas se dirigen a obtener elementos de juicio sobre aspectos generales del problema estudiado y no al conflicto entre las partes, las respuestas obtenidas serán expuestas, de manera informal, en diferentes considerandos del fallo.

Además, la Sala considera relevante tener en cuenta, como marco general de conocimiento fáctico, los conceptos de expertos incorporados en el fallo T-1253 de 2008, en el que la Corte estudió un conflicto interno sobre la elección del cabildo del resguardo Potrerito, perteneciente a la etnia coyaima-natagaima. Concretamente, se tendrán en cuenta los siguientes elementos:

(i) Las comunidades indígenas del sur del Tolima (en su mayoría de la etnia coyaima-natagaima, pueblo pijao, y en una pequeña porción del pueblo páez), entre las que se encuentra la parcialidad de Chenche Buenos Aires Tradicional, sufrieron a mediados del siglo pasado un fuerte proceso de aculturación, es decir, de pérdida de usos y costumbres tradicionales, e integración, o incorporación forzosa de usos de la comunidad mayoritaria.

(ii) La mayor parte de estas culturas, como expresión del movimiento indígena iniciado por el legendario líder Manuel Quintín Lame, comenzó, a partir de los años 60 del siglo pasado un proceso de reconstrucción de prácticas tradicionales, tomando como eje de las reivindicaciones y propósitos la recuperación de territorios ancestrales y, a partir de los años 80 del siglo pasado, la constitución de resguardos⁶.

(iii) Los problemas con los censos son frecuentes en las comunidades indígenas del sur del Tolima⁷; estos problemas se agudizan en aspectos como la relación entre los censos y el ingreso de recursos a título de transferencias de la Nación, aspecto sobre el que algunos líderes tienen una percepción especialmente crítica, al punto que consideran abiertamente negativa la recepción de estos recursos, debido al deterioro que, a su juicio, causan en el tejido social de sus comunidades⁸.

(iv) En concepto de algunos expertos consultados, la intervención de autoridades externas en asuntos propios de las comunidades ha agudizado los conflictos mencionados, pues impone una solución externa a las prácticas y cosmovisión de la comunidad, cierra la puerta al diálogo y no permite el ulterior desarrollo de soluciones enmarcadas en la identidad étnica de cada parcialidad⁹.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, el auto de veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número uno (1) de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si el Gobernador, la Asamblea General, y/o alguna otra autoridad tradicional del Resguardo Indígena Chenche Buenos Aires Tradicional vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, el trabajo, la identidad indígena y la Jurisdicción Especial Indígena del señor José Cenen Madrigal Tique, al excluir a su grupo familiar de la distribución de recursos, o de los proyectos financiados con los recursos recibidos por el Resguardo del Sistema General de Participaciones.

Para resolver el problema planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) los principios de diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas; (ii) los criterios para solución de conflictos que puedan presentarse entre la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos individuales de sus miembros; (iii) la forma en que la Constitución y el Legislador prevén la participación de los Resguardos Indígenas en el Sistema General de Participaciones. Dentro de ese marco jurídico, (iv) resolverá el caso concreto.

b. Solución al problema jurídico.

Marco normativo de la diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991.
Reiteración de jurisprudencia.

1. La Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Carta Política de 1991, consciente de las injusticias históricas sufridas por algunos grupos sociales tradicionalmente discriminados por razones étnicas, raciales, o culturales (entre otras), decidió adoptar la forma política del Estado Social de Derecho, en el que la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por motivos de raza, sexo, ideología y cultura, va acompañada de la obligación de adoptar medidas de carácter positivo para superar los

patrones tradicionales de exclusión, derrotar injusticias históricas y proteger a quienes se encuentran en situación vulnerable o condición de debilidad manifiesta.

La Constitución de 1991, en consecuencia, como reconocimiento de esa realidad social, elevó al rango de principios fundantes del Estado la pluralidad y la participación; estableció en su artículo 7º la obligación de reconocer y proteger la identidad cultural; y consideró que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad (art. 70 C.P). De esa forma, el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional¹⁰.

Ese marco general de principios constitucionales que informan las relaciones entre las diferentes culturas que residen en el país se complementa y refuerza por el Convenio 169 de la OIT, "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"¹¹, cuyas disposiciones sobre derechos de los pueblos y las personas indígenas hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación¹².

El citado convenio se caracteriza por un enfoque de respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, y por el reconocimiento de algunos derechos como la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros. Para la solución del problema jurídico planteado resultan de especial interés las disposiciones relativas a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas, y aquellas referentes al derecho a recibir recursos para lograr la efectividad de sus derechos fundamentales, y el acceso a los servicios de seguridad social a cargo del Estado¹³

Recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el fin de reforzar los derechos de autonomía de las comunidades indígenas. De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación (sentencia T-704 de 2006), la Declaración refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la materia, por lo que es una pauta de interpretación de los derechos fundamentales que debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional.

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

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes” 14

La principal implicación de este reconocimiento es (i) la procedencia de la acción de tutela, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas, y las autoridades tradicionales; como para la protección de los derechos de la comunidad; (ii) el rango de norma de derecho fundamental que ostentan las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades, con todos los atributos legales y políticos que ello comporta.¹⁵

3. Ahora bien, Es un hecho conocido que los principios mencionados pueden entrar en conflicto con otros principios de la sociedad mayoritaria, algunos de los cuales ostentan el rango de normas constitucionales¹⁶.

3.1. Los principios-derechos de diversidad cultural e integridad étnica, cuyas principales manifestaciones constitucionales se encuentran en la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación (art. 8º, C.P.); el reconocimiento del carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas al interior de los territorios de las comunidades indígenas (artículo 10º, C.P.); el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural (art. 68, C.P.); y la obligación de proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación (art. 72 C.P.), pueden entrar en conflicto con algunas de las

llamadas libertades clásicas (libertad de cultos, conciencia, expresión). El reto para el intérprete y para el juez constitucional en estos casos consiste en proteger los derechos individuales garantizando la supervivencia cultural del grupo¹⁷.

3.2. El principio-derecho de participación¹⁸ de las comunidades indígenas, cuyas facetas más destacadas son el derecho fundamental de las comunidades a la consulta previa¹⁹ y la circunscripción especial indígena para garantizar el acceso a las personas indígenas a los centros de decisión del orden nacional, puede suscitar recelo debido a la intervención en los órganos políticos del orden nacional dada de los pueblos indígenas, a pesar de su baja representatividad en términos demográficos y en consideración a las limitaciones que la consulta impone a las decisiones de la mayoría.

La solución de estos conflictos pasa por la comprensión del estado democrático y constitucional de derecho como una organización política en la que la legitimidad democrática no reside exclusivamente en la orientación coyuntural de la opinión mayoritaria, sino que exige la garantía de las condiciones para la participación de las minorías, el respeto por los derechos fundamentales y la adopción de medidas por parte del Estado para lograr al máximo su efectividad.

3.3. El principio y derecho a la autonomía, entendida como el derecho de las comunidades a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres²⁰, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines²¹.

Los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas deben armonizarse con el principio de unidad nacional, ya que los pueblos indígenas no son -y no se consideran- naciones independientes. Sus miembros ostentan la nacionalidad colombiana, pero como comunidad dotada de una singularidad cultural reclaman amplios espacios para la determinación de sus prioridades y el desarrollo de su proyecto de vida.²² La solución de estos conflictos requiere, entonces, una adecuada delimitación entre los espacios de decisión del nivel nacional y los propios de los pueblos originarios, así como el establecimiento de mecanismos de coordinación y concurrencia

entre ellos.

Además, en el espacio de la creación y aplicación del derecho, la autonomía comporta una limitación al monopolio de creación del derecho del Congreso (y, excepcionalmente del Ejecutivo); las tradiciones pueden resultar en ocasiones incompatibles con el respeto por los derechos humanos y fundamentales de sus miembros; y el ejercicio del derecho propio, en fin, puede suscitar conflictos de competencia o coordinación entre las autoridades tradicionales y las del Sistema Jurídico Nacional.

En los párrafos sucesivos, la Sala se ocupará de los principios y criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional para la solución de estos conflictos, reiterando que no es posible encontrar soluciones sencillas, unívocas o absolutas a estas tensiones, sino que es preciso para el intérprete acercarse a ellos desde una perspectiva respetuosa de las formas de vida y el concepto de dignidad de las comunidades indígenas, consciente de la necesidad de entablar un diálogo intercultural, pero con la cautela necesaria para evitar que esa interacción se convierta en pretexto para intromisiones indebidas en asuntos propios de las comunidades.²³ Como es propio de los conflictos constitucionales, el intérprete debe partir de las particularidades de cada caso, y atender el marco cultural en el que se presentan los conflictos.

Criterios de solución de tensiones en casos relacionados con la integridad étnica, diversidad cultural y límites a la autonomía de las comunidades indígenas.
Reiteración de jurisprudencia.

4. En este acápite, la Sala expondrá los criterios establecidos por la Corporación para la solución de los conflictos descritos, y posteriormente, dilucidará de qué forma deben aplicarse tales criterios en los diferentes ámbitos en que se materializa la autonomía de las comunidades indígenas. La exposición se basa, principalmente, en las sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998, fallo que unificó la jurisprudencia constitucional en la materia. Finalmente, se reiterarán consideraciones efectuadas en la sentencia T-1253 de 2008, sobre los efectos de la intervención del juez de tutela en asuntos propios de las comunidades indígenas.

Principios generales de interpretación.

4.1. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)²⁴: de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas²⁵. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad²⁶.

4.2. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión²⁷.

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

...

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo”.

4.3. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Este principio tuvo su primera formulación en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos:

La Sala estima necesario efectuar algunas precisiones sobre este principio, por su

relevancia para la solución del problema jurídico planteado.

La formulación efectuada por la Corte en el fallo T-254 de 1994 se compone de dos partes: en la primera, se describe la historia y la realidad social que han enfrentado los pueblos indígenas, que “sometidos por el orden colonial” o a partir del enfoque de “integración a la civilidad” tienen actualmente distintos grados de conservación de sus tradiciones. La segunda parte, parece efectuar consideraciones normativas: deber [de los grupos que no conservan sus tradiciones] de regirse en mayor grado por las leyes de la república, como garantía a la seguridad jurídica y para que los miembros de la comunidad no se encuentren en la incertidumbre sobre sus derechos y deberes por la inexistencia de normatividad.

A juicio de esta sala, la segunda parte de la formulación debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos²⁸. Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas.

La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria²⁹.

En conclusión, si de acuerdo con las consideraciones recién expuestas, el principio reiterado se interpreta integralmente como una constatación descriptiva, constituye una pauta interpretativa de gran utilidad para la ubicación y el acercamiento a casos concretos, pues expresa un hecho social que se proyecta en la labor del intérprete:

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque

a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica³⁰.

En ningún caso está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas es de mayor entidad en el segundo caso.

Incluso cuando la Corte afirma que las comunidades con un grado menor de conservación deberán guiarse por normas del derecho nacional, lo que está haciendo es refiriéndose a una circunstancia específica del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena: en la medida en que el derecho propio se compone de usos y costumbres, una comunidad que carezca de estos no puede ejercer el juzgamiento de sus miembros, pues ello implicaría un desconocimiento del principio de legalidad, es decir, del derecho de toda persona a ser juzgada por leyes preexistentes, como parte consustancial del debido proceso.

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

5. Limitaciones a la autonomía de las comunidades; ámbitos de aplicación.

En este acápite, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte sobre los límites a la autonomía de las comunidades indígenas, para posteriormente analizar su alcance frente a los distintos ámbitos en que se extienden los derechos de autonomía.

5.1. El artículo 246 constitucional prevé la existencia de una Jurisdicción Especial Indígena. Al analizar el alcance de la disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996 determinó que su contenido normativo comprende: (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de establecer y/o conservar normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de

coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (vi) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la Ley mencionada.³¹

Si bien la disposición citada se refiere a la Constitución y la Ley como límites a la Jurisdicción Especial Indígena, esta Corporación ha precisado, desde tempranos pronunciamientos, que la autonomía no puede ser restringida a partir de cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano retórico:³²

“En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía””.³³

5.2 En virtud de este principio, los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible:³⁴ el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal. En la sentencia SU-510 de 1998 expresó la Corporación:

“Según la jurisprudencia de la Corte..., 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.” || 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”. 35

5.3. Sobre el principio de legalidad, la Corte ha establecido que se proyecta en dos direcciones: por una parte, se refiere a la existencia de instituciones que permitan conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones, o de soluciones a determinados conflictos; por otra, se relaciona con la preexistencia de las formas en que se aplican esas soluciones o se castigan esas conductas. Es decir, al procedimiento.

El respeto por el derecho fundamental al debido proceso y al principio de legalidad se concreta en la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales de la comunidad.³⁶

El carácter previsible de las decisiones de las autoridades indígenas debe evaluarse, empero, manteniendo presente la existencia de dos limitaciones: en primer término, las prácticas regulativas de buena parte de las comunidades indígenas se encuentran en estado de reconstrucción desde la expedición de la Constitución Política de 1991³⁷; de otro lado, la exigencia de previsibilidad no puede implicar la petrificación de las instituciones de las comunidades³⁸:

“Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica...”³⁹

5.4. Finalmente, la Corte Constitucional ha considerado que los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades⁴⁰:

“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”⁴¹

De lo expuesto podría concluirse que los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades.

En ese plano, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de

tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos⁴².

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”⁴³.

Estos ejercicios de ponderación pueden ser de gran complejidad, pero el amplio desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia permite, mediante la técnica de la reiteración, establecer soluciones adecuadas siempre que las subreglas jurisprudenciales se apliquen teniendo en cuenta cada contexto cultural específico.⁴⁴

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

Este aspecto fue puesto de relieve recientemente por la Corte en la sentencia T-1253 de 2008. En este fallo, referente a problemas internos para la elección del cabildo del resguardo de potrero, en Coyaima, Tolima, la Corte consideró que una decisión del juez de tutela podría tener efectos negativos irreversibles, al cerrar la posibilidad de diálogo entre las facciones de la comunidad en disputa, mediante la imposición de una solución ajena al derecho propio de la comunidad⁴⁵.

El derecho de las comunidades indígenas a recibir los recursos necesarios como presupuesto del respeto a su autonomía e identidad étnica y el Sistema General de

Participaciones. Reiteración de jurisprudencia.

6. En la sentencia T-704 de 2006, la Corte Constitucional estableció que los derechos fundamentales a la conservación de la integridad étnica y la autonomía social y política de las comunidades indígenas comportan el derecho a recibir recursos por parte de la Nación para el desarrollo de sus planes de vida, y el pleno ejercicio de los derechos fundamentales de sus miembros, y de los derechos específicos de las comunidades indígenas.

Precisó la Corporación que la fuente normativa de ese derecho se encuentra en los artículos 356 y 357 de la Carta; en instrumentos de derecho internacional suscritos por el Estado de Colombia, o que tienen incidencia en la interpretación de los derechos constitucionales⁴⁶; y en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, es decir, en el orden axiológico originado en el reconocimiento constitucional de determinados derechos, que irradia el sistema jurídico en su totalidad e impone obligaciones de respeto, promoción y protección de tales derechos a las autoridades públicas y los particulares.

Resaltó la Corte que la obligación de proveer los recursos para asegurar la eficacia de los derechos constitucionales es un presupuesto para la vigencia de un orden democrático, y una consecuencia necesaria de la indivisibilidad e interdependencia que existe entre todos los derechos humanos, tal como lo establecieron los estados americanos en la Carta Democrática de la OEA:

“Justamente en este sentido se habla de la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales. Que los derechos constitucionales fundamentales se consignen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado ... orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica. La Carta Democrática ... ha resaltado la necesidad de procurar las condiciones y de ambientar las circunstancias para lograr la efectividad de la democracia en la realidad...

En el Preámbulo así como en las diferentes disposiciones destaca la Carta Democrática Interamericana la estrecha conexión existente entre los derechos políticos y civiles,

los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos. Afirma el Preámbulo que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática” (...) “[y agrega que los derechos económicos, sociales y culturales] son reafirmados, desarrollados y protegidos con miras a “consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”.

(...) es deber del Estado garantizar la disponibilidad de recursos, emitir un grupo de medidas y realizar un conjunto de tareas y actuaciones dirigidas a asegurar que se cumplan las condiciones para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales”.

7. En cuanto al contenido de este derecho, precisó la Corporación:

(i) Que se garantice a los Resguardos la posibilidad de conocer cuál es el monto de los recursos de que disponen.

(ii) Que se asegure a los Resguardos su derecho a participar de manera libre, informada y activa en el diseño del Plan de Inversiones y en el control sobre la forma en que la Alcaldía administra y ejecuta esos recursos.

(iii) Que las entidades nacionales y territoriales permanezcan atentas respecto de los destinos de estos recursos por cuanto existe en su cabeza un grupo de obligaciones que no se restringe únicamente a la distribución y pago oportuno de los mismos. Esta obligación se extiende también a tareas de apoyo, asesoría, seguimiento, evaluación y control sin el cumplimiento de las cuales el derecho a participar de modo libre, informado y activo en aquellos asuntos que puedan afectar el derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas al reconocimiento y debida protección de su diversidad étnica y cultural se hace imposible.

(iv) Que el trabajo de apoyo, asesoría, seguimiento y evaluación por parte de las entidades nacionales y territoriales sea de naturaleza preventiva y se efectúe de manera continua y no sólo esporádicamente. Esta actividad está relacionada, por tanto, con varios aspectos dentro de los cuales se destaca, de un lado, la necesidad de elaborar planes de divulgación de la legislación vigente así como la obligación de capacitar a los Resguardos

y a las Entidades involucradas con el manejo de los recursos que les pertenecen para que estos se inviertan de modo efectivo y se garantice con ello la realización de las metas propuestas por el Resguardo. Implica, de otro lado, exigir balances periódicos de avances y resultados así como respuestas orientadas a cumplir con la realización de los derechos constitucionales fundamentales en juego. Con ello se busca que las distintas entidades participen de manera activa en la realización de los derechos así como evitar que los recursos necesarios para tales efectos se desvíen o se inviertan de manera irregular.” (T-704 de 2006, reiterada por la C-921 de 2007).

8. Una de las facetas de ese derecho constitucional –tal vez la más notoria- se encuentra en la provisión de recursos para la prestación de servicios de salud y educación, planes de vivienda y programas de desarrollo enmarcados en la identidad étnica mediante una asignación especial en el Sistema General de Participaciones.

8.1. El Sistema General de Participaciones es un dispositivo constitucional, legal e institucional por medio del cual se prevé el envío de recursos a los entes territoriales para financiar y prestar adecuadamente los servicios a su cargo, principalmente en materia de salud, educación, agua potable y saneamiento básico. (Artículo 356, Constitución Política).

“5.6. (...) el Sistema General de Participaciones se crea con el fin de proveer de recursos a los departamentos, distritos y municipios para financiar adecuadamente la prestación de los servicios a su cargo, para lo cual deberán darle prioridad al servicio de salud y los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria y media, garantizando la prestación de los servicios y la ampliación de cobertura (C.P., art. 356). Recursos denominados transferencias territoriales, que corresponden a un concepto que, como gasto público, forma parte del Presupuesto Nacional, por disposición de la misma Constitución”. (C-921 de 2007).

“En efecto, la descentralización administrativa territorial requiere la determinación de la estructura del Estado en el orden territorial, dado que para atender los servicios básicos de la población se impone un reparto de competencias claramente definido entre la Nación y las entidades territoriales, y la asignación a éstas de recursos de aquella para la financiación de los gastos en que incurran con dicho fin, lo que necesariamente crea un

vínculo y una interlocución en el orden fiscal entre la Nación y sus entidades territoriales que debidamente conformadas, son quienes ostentan la condición de personas jurídicas de derecho público y por tanto sujetas a las normas fiscales respectivas.” (C-921 de 2007)

8.3. Por tratarse de dineros públicos, destinados a fines de especial relevancia constitucional, el Legislador (L.715 de 2001) también previó la intervención de diversas autoridades en el manejo de los mismos, y estableció un régimen de responsabilidad compartida entre diversas autoridades⁴⁸.

En la sentencia T-704 de 2006 (citada), la Corporación hizo énfasis en la obligación de todas las entidades involucradas en el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones de adoptar las medidas que, en el ámbito de su competencia, resulten pertinentes para garantizar el adecuado manejo de la asignación especial para resguardos. Precisó, así mismo la Corte, que las obligaciones que tienen como fuente el bloque de constitucionalidad incumben a todas las autoridades públicas, en tanto que aquellas de origen legal y reglamentario establecen ámbitos de competencia y responsabilidad específicos.

9. Por otra parte, la Constitución Política establece que los beneficiarios de los recursos del Sistema General de Participaciones son las entidades territoriales, es decir, departamentos, municipios, distritos y entidades territoriales indígenas, e impone, en cabeza del Legislador, la obligación de establecer a los resguardos como beneficiarios de los mismos.

En virtud de ese mandato constitucional, el Legislador ha determinado en las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001 la forma en que los recursos deben ser distribuidos a los resguardos. A continuación se transcriben algunas de las disposiciones más relevantes de la Ley 715 de 2001 sobre el particular:

“Artículo 82. Resguardos indígenas. En tanto no sean constituidas las entidades territoriales indígenas, serán beneficiarios del Sistema General de Participaciones los resguardos indígenas legalmente constituidos y reportados por el Ministerio del Interior al Departamento Nacional de Estadísticas, DANE, y al Departamento Nacional de Planeación en el año inmediatamente anterior a la vigencia para la cual se programan los

recursos.

Artículo 83. Distribución y administración de los recursos para resguardos indígenas. Los recursos para los resguardos indígenas se distribuirán en proporción a la participación de la población de la entidad o resguardo indígena, en el total de población indígena reportada por el Incora al DANE.

Los recursos asignados a los resguardos indígenas, serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena. Cuando este quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda. Sin embargo deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente. Copia de dicho contrato se enviará antes del 20 de enero al Ministerio del Interior.

Cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia.

Los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse prioritariamente a satisfacer las necesidades básicas de salud incluyendo la afiliación al Régimen Subsidiado, educación preescolar, básica, primaria y media, agua potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena. En todo caso, siempre que la Nación realice inversiones en beneficio de la población indígena de dichos resguardos, las autoridades indígenas dispondrán parte de estos recursos para cofinanciar dichos proyectos”.

10. Los incisos segundo y tercero del artículo 83 de la Ley 715 de 2001, recién transcritos, fueron objeto de una demanda ciudadana, en la que se argumentaba que la intervención de los municipios desconoce los derechos fundamentales a la autonomía y la participación de las comunidades indígenas.

La Corte, al absolver ese cargo, mediante la sentencia C-921 de 2007, consideró que la intervención de los municipios resulta necesaria debido a la ausencia de un mecanismo

constitucional que permita el giro directo de los recursos a los resguardos, dado que estos no son personas de derecho público.

Sin embargo, la Corte señaló que la constitucionalidad de la disposición se halla sujeta a determinadas condiciones, como su carácter transitorio y la garantía de los derechos fundamentales a la autonomía y la participación de las comunidades en la ejecución de los recursos. La argumentación de la Corte siguió este curso:

(i) Las entidades territoriales indígenas son beneficiarias directas de los recursos del Sistema General de Participaciones; (ii) los resguardos aún no se han constituido en entidades territoriales indígenas y no son personas de derecho público; (iii) esa situación no puede erigirse en un obstáculo insalvable para garantizar el derecho de los resguardos a ser reconocidos como beneficiarios del Sistema General de Participaciones⁴⁹; (iv) en ese orden de ideas, el contenido normativo del artículo demandado, al prever la intervención de los municipios en la administración de los recursos de los resguardos es una medida necesaria para garantizar su derecho a la participación en los recursos de la Nación, y no una limitación de la autonomía de las comunidades.

Sin embargo, aclaró la Corte que la intervención de los municipios en la administración de estos recursos se ajusta a la Constitución dentro del siguiente marco y condiciones: (i) debe respetarse el carácter transitorio de la norma, pues cuando se expida la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial los recursos deberán ser girados directamente a las entidades territoriales indígenas; (ii) los municipios deben manejar en cuentas separadas los dineros y los resguardos; (iii) no corresponde al municipio decidir sobre la destinación de estos, ni muchos menos “hacer un uso discrecional de los mismos” (iii) el uso de los recursos debe consultar el interés de los grupos y comunidades indígenas; por lo tanto, (v) la decisión sobre su destinación debe ser autónoma y previa a la celebración del contrato mencionado; y (vi), cualquier discrepancia entre las autoridades de la comunidad y las autoridades municipales debe resolverse en favor de las primeras.⁵⁰

11. Dado que los resguardos son actualmente los beneficiarios del Sistema General de Participaciones, para dar solución al problema jurídico planteado, es necesario recordar la naturaleza jurídica de los resguardos e ilustrar, brevemente, la forma en que

los recursos son repartidos entre los distintos resguardos del país.

En la sentencia T-634 de 1999 la Corte se refirió a la historia de los resguardos en el país, y cómo pasaron de ser territorio en época de la Colonia, a ser tierra en la República, y volvieron a ser territorio a partir de los años 60; o, desde otra perspectiva, espacio cultural y forma comunitaria de la propiedad, bien inmueble y propiedad privada, y nuevamente ámbito cultural y propiedad colectiva⁵¹. La Sala remite a esa decisión para la discusión histórica, y retoma los elementos normativos desde el umbral de la Constitución de 1991.

El decreto 2001 de 1988 fue promulgado en el marco de “programas de devolución de tierras a sus originales moradores” con el fin de reglamentar el trámite para la constitución de los resguardos (T-634 de 1999). En ese compendio normativo se propusieron algunas definiciones sobre las principales instituciones jurídicas, sociales y legales relacionadas con los pueblos aborígenes. A pesar de estar contenidas en una regulación previa a la Carta de 1991, estas definiciones han sido aceptadas por la Corte Constitucional como una guía adecuada para la comprensión de la naturaleza jurídica y la determinación del lugar constitucional de los resguardos.

De acuerdo con el decreto citado, una “comunidad indígena” es el “conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales”, en tanto que un “resguardo indígena” es “una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales”.⁵²

Esa definición contiene elementos esenciales para la comprensión de la institución del resguardo. La jurisprudencia constitucional señaló, posteriormente, que las características constitucionales más relevantes del resguardo son la propiedad colectiva del territorio y la concepción del resguardo como ámbito territorial, conceptos que se funden en la idea de un espacio cultural en el que se desarrollan los

principales derechos de autonomía de las comunidades indígenas, como a continuación se expone:

12. En las sentencias T-188 de 1993 y T-380 de 1993 la Corte consideró que el elemento central del resguardo es la forma de propiedad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 329 de la Carta Política que dota a los resguardos del carácter de propiedad colectiva de las comunidades indígenas, imprescriptible, inembargable e inalienable (art. 58 C.P.), como un reconocimiento a la especial relación entre los pueblos indígenas y su territorio; a la posesión ancestral de la tierra; y con el fin de proteger los territorios indígenas de las amenazas a su integridad provenientes de actores sociales legales e ilegales. (Cfr. Artículos 329 y 58 C.P.). definió

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes” (T-188 de 1993)⁵³.

13. En segundo lugar, el resguardo se concibe como un ámbito territorial, entendido como el espacio en el que se ejercen los principales derechos de autonomía del resguardo, especialmente, aquellos relacionados con la regulación social y la autonomía política. La Corte adoptó el concepto de ámbito territorial del artículo 246 de la Carta, relativo a la Jurisdicción Especial Indígena; sin embargo, se trata de un concepto más amplio que abarca todos los elementos culturales de las comunidades indígenas (T-634 de 1999).

Con todo, el concepto de ámbito territorial, denota a la vez cierta precariedad del resguardo desde la perspectiva del ordenamiento territorial. El resguardo, institución política legal en la que las comunidades indígenas ejercen la propiedad colectiva sobre sus territorios ancestrales, y materializan al máximo sus derechos de autonomía y sus vivencias culturales, carece empero del carácter de entidad territorial; son más que tierra, pero carecen aún de algunos de los atributos de las entidades territoriales

indígenas:

“Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.⁵⁴

14. A continuación, la Sala expondrá de forma sucinta la manera en que se previó la participación de los resguardos en el Sistema General de Participaciones por parte del legislador.

El Sistema General de Participaciones se divide en “participaciones sectoriales”, correspondientes al 96% del total de los recursos, y “asignaciones especiales” equivalentes al 4% restante. Los recursos destinados a los resguardos hacen parte de las asignaciones especiales, y ascienden a un 0.52% de los recursos del Sistema General de Participaciones:

Sistema General de Participaciones – Composición.

Cuadro 1.

Asignaciones especiales (4%)

Participaciones sectoriales (96%)

Alimentación escolar 0.5

Educación 58.5%

Resguardos indígenas 0.52

Salud 24.5%

Municipios ribereños del Río Grande del Magdalena 0.08%

Agua potable y saneamiento básico 5.4%

Fondo Nacional de Pensiones Territoriales - FONPET 2.9%

Propósito general 11.6%

4%

96%

Distribución de recursos en función de la población.

(Ejemplo)

Resguardos

Población

Porcentaje

Asignación

A

10.000

1%

50.000

Otros resguardos

990.000

99%

4.950.000

Total

1.000.000

100%

5.000.000

Es decir, el monto de los recursos depende de la población del resguardo. Por lo tanto, si la población del Resguardo A se modifica, y se mantiene estable el total de la población indígena, entonces el monto de recursos recibido por "A" implicará una disminución en los recursos recibidos por los demás resguardos:

Resguardos

Población

Porcentaje

Asignación

A

20.000

2%

100.000

Otros resguardos

980.000

98%

4.900.000

Total

1.000.000

100%

5.000.000

Los sencillos ejemplos expuestos, permiten llegar a la siguiente conclusión: los posibles errores que se presenten en las bases de datos relativas a la población de los resguardos pueden afectar el derecho de igualdad entre los resguardos; concretamente, errores por exceso implican que un resguardo reciba más de lo que legalmente le corresponde, en detrimento de los demás resguardos; errores por defecto llevan a que el resguardo reciba, de forma injustificada, menos de lo que corresponde.

En el Decreto 159 de 2002, reglamentario de la Ley 715 de 2001, se estableció un mecanismo para que el cálculo de la población de cada resguardo tenga un nivel adecuado de confiabilidad. De acuerdo con esta regulación, el DANE debe certificar la información sobre la población de los resguardos, con el apoyo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y el Incoder (antes Incora); esta información es remitida al Departamento Nacional de Planeación (DNP)⁵⁶, entidad que determina el monto de los recursos que serán girados a los resguardos por el Ministerio de Hacienda. Según información remitida por el DNP a esta Sala de Revisión, los censos que lleva la Dirección de Etnias son un reflejo del censo que lleva cada comunidad indígena, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 89 de 1890 (artículo 7º).

15. Aspectos como el señalado, así como otros puestos de presente por los expertos consultados en el caso Potrerito (sentencia T-1258 de 2008), demuestran que los censos son un aspecto problemático de las relaciones entre el estado central y los pueblos originarios. Incluso, en algunas ocasiones, líderes indígenas han rechazado la legitimidad de los censos, por considerar que instrumentos que clasifican a la población a partir de conceptos raciales poseen un carácter discriminatorio inaceptable⁵⁷. Pero, por otra parte, es en general aceptado que el desarrollo de políticas públicas tales como las acciones afirmativas en favor de grupos tradicionalmente discriminados y la propia efectividad de los derechos fundamentales diferenciados de ciertos grupos requiere de un banco de información confiable sobre los destinatarios de estas políticas.

16. En virtud de esa valoración ambigua o bivalente de los censos, existen dos riesgos constantes para su funcionamiento: por una parte, si son concebidos como un instrumento discriminatorio por motivos de raza, la información se verá afectada por defecto, pues quienes no crean en la legitimidad del instrumento preferirán no responder en los censos oficiales sobre su identidad étnica. De otro lado, puede surgir un interés ilegítimo por parte de personas no indígenas interesadas en acceder a las acciones afirmativas mencionadas, mediante la alteración de los censos.

En la sentencia T-703 de 2008 la Corte enfrentó un problema relacionado con la legitimidad de los censos, similar al recién expuesto. El peticionario cumplió los requisitos establecidos por un centro universitario para acceder a cupos especiales para miembros de comunidades indígenas; el actor acreditó su condición de indígena mediante un certificado de las autoridades de la comunidad a la que pertenecía; la Universidad, sin embargo, decidió otorgar el cupo a otra persona indígena, pues el peticionario no figuraba en el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio de Interior.

En esa oportunidad, la Corporación concedió el amparo al accionante por considerar que la autonomía de las comunidades indígenas les confiere el derecho “de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad”, que se divide a su vez en derechos a “i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y ii), a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”, pues “(...) la identidad cultural es la conciencia que se tiene de compartir ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un determinado grupo humano al cual se pertenece y que tiene una cosmovisión distinta y específica”.⁵⁸

17. Por lo tanto, a juicio de la Corte, “pueden establecer[se] diversos mecanismos para acreditar [la condición indígena] 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”. Con todo, puntualizó la Corporación que, dentro de las posibles vías de acreditación de la condición indígena, deben tener mayor peso los censos efectuados por la comunidad y “debe primar la realidad sobre formalidades como la

inscripción en un determinado censo, que puede estar desactualizado o contener errores”.

En virtud de lo expuesto, el censo que lleva la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia es un instrumento válido para acreditar la condición indígena de sujetos particulares,⁵⁹ pero no es constitutivo de la misma, ni la única prueba conducente de esa cualidad. Dada la pluralidad de censos, derivada de la existencia de disposiciones legales diversas⁶⁰, en caso de inconsistencias debe darse mayor credibilidad y validez a los que provienen de las comunidades; estos deben “servir de base para corregir el censo que lleva el Ministerio del Interior y de Justicia”⁶¹.

Las consideraciones precedentes, permiten adelantar la siguiente reflexión: Los censos han sido concebidos, principalmente como un instrumento para acreditar la condición de indígena y la pertenencia a una comunidad determinada.

18. Como se ha expuesto, el decreto 2001 de 1988 estableció algunos criterios de identificación de las comunidades indígenas que resultan de interés: (i) la ascendencia amerindia, o ascendencia indígena; (ii) los sentimientos de identificación con un pasado aborigen; (iii) el mantenimiento de rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos específicos; (iii) permanencia en el territorio del resguardo como condición para el ejercicio de la propiedad colectiva o comunitaria del territorio.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación, los elementos esenciales para determinar la identidad y pertenencia étnica son la conciencia del individuo y el reconocimiento de la comunidad. Los demás elementos señalados por el decreto 2001 de 1998, tales como el mantenimiento de rasgos propios de su cultura tradicional, y la permanencia en el territorio del resguardo, pueden considerarse elementos indicativos (pero no constitutivos) de la identidad indígena y la pertenencia de una persona a una parcialidad determinada.

Esta conclusión no solo es armónica con la jurisprudencia de la Corporación sino que, en un contexto como el que presenta el conflicto armado colombiano es necesaria, pues los miembros de las comunidades indígenas han sido, a través de la historia, obligados a ausentarse del territorio, y sometidos a procesos de aculturación ajenos a su voluntad.

De lo expuesto, se infiere que los censos son indicadores más confiables de la condición indígena que de la población residente en cada resguardo.

19. Dado que la confiabilidad de los censos tiene una incidencia directa en el respeto del derecho de igualdad entre los distintos resguardos en la participación en los recursos puede ser pertinente establecer mecanismos para llevar por separado los censos poblacionales que aquellos destinados a acreditar la identidad o pertenencia étnica de las personas indígenas. Esta decisión solo puede tomarse mediante un trabajo coordinado entre las autoridades indígenas y los órganos de representación política.

Entretanto, la Sala se limita a señalar que la adecuada articulación de las funciones prevista por el legislador en el decreto 159 de 2002 y la Ley 715 de 2001,1 permitirá dotar a los censos actuales de la mayor confiabilidad posible. Mientras la regulación legal se mantenga en los términos actuales, no puede suponerse una violación a los derechos fundamentales de los grupos indígenas si las autoridades siguen el procedimiento legalmente establecido para el reparto de los recursos.

20. Sin embargo, el uso que los resguardos hagan de los mismos es un aspecto en el que se concreta y realiza la autonomía de las comunidades, como lo señaló la Corte Constitucional en las sentencias T-704 de 2006 y C-921 de 2007, ampliamente reiteradas en esta oportunidad. Dado que los beneficiarios de los recursos en este momento son los resguardos, únicamente la ejecución de planes abiertamente discriminatorios, o que afecten irrazonable y desproporcionadamente el derecho a la participación de los miembros de la comunidad podrían ser controvertidas ante el juez constitucional.

Dentro del marco constitucional establecido, procede la Sala al estudio del caso concreto.

III. Del caso concreto.

A partir del marco jurisprudencial expuesto, pasa la Sala a estudiar el caso concreto. En este aparte se hará referencia a (i) la posible configuración de un hecho superado; (ii) el análisis de procedibilidad de la acción; y (iii), el examen sobre los aspectos de fondo planteados por el problema jurídico.

1. Cuestión previa: sobre la posible configuración de un hecho superado.

El objeto material de la demanda del peticionario es el de ser incluido en los beneficios del Sistema General de Participaciones. Debido a que la demanda fue interpuesta en septiembre de 2008, y el peticionario cuestiona el haber sido excluido con su grupo familiar precisamente para esa vigencia fiscal, podría interpretarse que se configura la carencia actual de objeto⁶².

En efecto, a partir de lo expuesto sobre el Sistema General de Participaciones, los recursos se ejecutan mediante convenios administrativos suscritos entre los resguardos y las alcaldías municipales, así que al momento de interposición de la tutela los programas adelantados por el Resguardo con base en los recursos recibidos para el 2008 se encontraban en la fase final de ejecución.

Sin embargo, la demanda del actor hace un cuestionamiento más amplio, relativo a la validez de la decisión de excluirlo de los beneficios del Sistema General de Participaciones por no residir en el territorio del resguardo, y a si esa determinación desconoce sus derechos fundamentales, aspecto que se proyecta tanto en la vigencia fiscal de 2008, como en todas las sucesivas.

Por lo tanto, la Sala considera que, si bien no es procedente analizar el tema específico de los recursos del año 2008, debido a que en ese aspecto se configura la carencia actual de objeto, sí es posible -en caso de cumplirse los requisitos de procedibilidad de la acción- emitir un pronunciamiento sobre la alegada vulneración a los derechos fundamentales del actor derivada de la decisión de la Asamblea General del Resguardo de excluir de los beneficios del Sistema General de Participaciones a los miembros de la comunidad que no residen actualmente en el territorio del resguardo.

2. Examen de procedibilidad de la acción.

La Corte ha sostenido en jurisprudencia constante y uniforme que la acción de tutela es procedente para la protección de derechos fundamentales de los miembros de una comunidad indígena eventualmente afectados por decisiones de las autoridades tradicionales de la comunidad⁶³, debido a que no existen mecanismos de control judicial en el interior de las comunidades, ni superiores jerárquicos de tales autoridades, por lo que los miembros de la parcialidad, individualmente considerados, están en situación de subordinación e indefensión frente a los órganos de poder del resguardo.

A pesar de lo expuesto, en el caso sub exámine existe un elemento que cuestiona la aplicación de la subregla mencionada en el párrafo precedente al presente asunto: tanto el peticionario como el Gobernador del Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional mencionaron la existencia de una queja interpuesta ante el Tribunal Superior Indígena del Tolima; el juez de segunda instancia, por su parte, consideró que el hecho de que la decisión de la Asamblea no haya sido consultada con ese Tribunal, “máxima autoridad del cabildo”, demuestra la arbitrariedad de las actuaciones de las autoridades del resguardo.

Esta situación lleva a la Sala a preguntarse si la existencia del Tribunal Superior Indígena del Tolima, es decir, una instancia de control interno de las decisiones de los cabildos que componen el Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT) se traduce en la existencia de un medio alternativo de defensa judicial que haría improcedente la acción en virtud del principio de subsidiariedad.

De acuerdo con información recopilada por esta Sala, el Tribunal Superior Indígena del Tolima es una autoridad jurisdiccional indígena instaurada por el Consejo Regional Indígena del Tolima, organización que agrupa un amplio número de cabildos del departamento⁶⁴.

El objetivo perseguido por los cabildos agrupados en el CRIT al establecer este Tribunal Superior es el de fortalecer el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, reforzando la conciencia de las comunidades sobre la trascendencia de la función jurisdiccional y el conocimiento de las autoridades del Sistema Jurídico Nacional sobre la Jurisdicción Especial Indígena.

La constitución del Tribunal Superior Indígena del Tolima, además, fue precedida de un diagnóstico efectuado por el CRIT sobre los principales problemas que afronta la Jurisdicción Especial Indígena, entre los que se encuentran los siguientes:⁶⁵

* El desconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena por parte de los administradores y auxiliares de la justicia del Sistema Jurídico Nacional.

- * La concepción errónea de la Jurisdicción Especial Indígena como una jurisdicción de carácter exclusivamente penal.
- * La diferencia de concepciones entre la cultura occidental y la cultura indígena en torno al concepto del debido proceso, especialmente en relación con el principio de doble instancia.
- * La falta de compromiso de las autoridades indígenas en la aplicación de su jurisdicción, la desorganización de algunas comunidades, y el irrespeto de los miembros de dichas comunidades hacia sus autoridades, como causas de impunidad.
- * La pérdida de valores, normas y procedimientos tradicionales de las comunidades indígenas.
- * La falta de claridad, desde el punto de vista occidental, sobre el fin de la pena (castigos) de la jurisdicción indígena.
- * La impunidad derivada de relaciones de amiguismo, compadrazgo y familiaridad entre autoridades indígenas y los miembros de la comunidad que son juzgados.
- * La progresiva occidentalización del derecho indígena.

Como respuesta a esos problemas, el CRIT y el Tribunal Superior Indígena del Tolima determinaron los siguientes objetivos inmediatos: estimular la remisión de todo tipo de casos por parte de las comunidades al Tribunal; es decir, no sólo de casos de tipo penal⁶⁶

; concentrar o recopilar prácticas de las comunidades indígenas del Tolima⁶⁷, establecer con mayor facilidad y amplitud el diálogo intercultural entre el Sistema Jurídico Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena; erradicar la arbitrariedad e impunidad derivadas de relaciones de amiguismo, familiaridad y parentesco entre las autoridades indígenas y los miembros de la comunidad; contar con un órgano de revisión interna de las decisiones de las autoridades de cada comunidad.

No corresponde a esta Sala, ni a esta Corte, como autoridades del derecho “central” efectuar una evaluación del trabajo del Tribunal Superior Indígena del Tolima, pues se

trata de asuntos que conciernen únicamente a los cabildos del CRIT. Resulta pertinente, en cambio, efectuar las siguientes precisiones sobre la incidencia que puede tener un órgano como este en cuanto a la procedencia formal (o procedibilidad) de la acción de tutela:

a. El Tribunal Superior Indígena del Tolima es una autoridad instaurada por una asociación de cabildos del Tolima con amplia representatividad entre las comunidades de la región. En consecuencia, sus decisiones deben ser respetadas por los órganos del Sistema Jurídico Nacional, pues es una manifestación de autonomía de los cabildos del CRIT.

b. La existencia de una instancia interna de revisión de las decisiones de las autoridades indígenas puede implicar una disminución en el margen de acción de autoridades judiciales del Sistema Jurídico Nacional y, por esa vía, una expansión del ámbito autónomo de la Jurisdicción Especial Indígena.

Tanto el Tribunal Superior Indígena del Tolima, como cualquier órgano de revisión interno de las decisiones de las autoridades indígenas que ejercen funciones jurisdiccionales puede ser una solución potencial al problema de intervención necesaria del juez constitucional en asuntos de las comunidades.

c. A pesar de lo expuesto, una iniciativa como esta no puede ser impuesta o transplantada a otras comunidades indígenas. Las comunidades y cabildos reunidos en el CRIT tomaron autónomamente la decisión de crear el Tribunal Superior Indígena del Tolima. Otras comunidades pueden, con pleno apego a la Constitución Política, adoptar decisiones similares; diseñar otros órganos de revisión interna; o mantener intactas sus formas tradicionales.

d. Órganos de revisión como el Tribunal Superior Indígena del Tolima pueden dar origen a un principio débil de subsidiariedad que consistiría, básicamente, en que el Tribunal tenga la oportunidad para pronunciarse sobre su competencia frente a un asunto determinado y, de considerarse competente, sobre el fondo del problema antes de que sea llevado a los órganos judiciales del Sistema Jurídico Nacional.

En caso de consolidarse iniciativas como la del Tribunal Indígena del Tolima, la

intervención del juez de tutela podría condicionarse a (i) la existencia de un pronunciamiento del órgano sobre su competencia o posibilidad para pronunciarse de fondo en el caso concreto; (ii) la aplicación de los criterios de procedencia de la tutela contra sentencias al asumir el análisis de fondo de una decisión del Tribunal; (iii) la posibilidad de que el juez ampare transitoriamente los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad, en caso de que esté pendiente el pronunciamiento del Tribunal y siempre que se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable.

Actualmente, estos criterios deben aplicarse con flexibilidad, por lo menos, por las siguientes razones:

Primero, porque el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena es de carácter dispositivo. En el caso del Tribunal Superior Indígena del Tolima su Reglamento prevé la posibilidad de asumir el conocimiento del caso, devolverlo a la comunidad, o remitirlo al Sistema Jurídico Nacional y, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el carácter dispositivo de la Jurisdicción Especial Indígena no constituye una vulneración al derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, a menos que se traduzca en un desconocimiento del principio de igualdad, lo que sucede cuando una autoridad se niega a asumir la competencia de un proceso similar a otro conocido anteriormente.

Segundo: a partir de los informes solicitados por el Magistrado Sustanciador, la Sala tuvo conocimiento de los problemas de índole administrativa y fiscal que afronta el Tribunal Superior Indígena del Tolima. En atención a esas dificultades resulta claro que, en el actual estado de cosas, no podría imponerse al Tribunal Superior Indígena del Tolima la obligación de conocer casos que excedan su capacidad de funcionamiento⁶⁸.

Tercero: la existencia del Tribunal Superior Indígena del Tolima aún no es conocida por todas las autoridades del Sistema Jurídico Nacional, lo que puede suscitar conflictos de competencia que deberán ser resueltos por esta Corporación y el Consejo Superior de la Judicatura. Una dificultad adicional, entonces, radica en que las autoridades del Sistema Jurídico Nacional sean conscientes de la posibilidad de remitir el caso a esa instancia, antes de emitir un pronunciamiento de fondo.

Mientras se consolida el Tribunal Superior Indígena del Tolima, y en la medida en que

surjan órganos análogos, la Sala quiere resaltar la importancia de propiciar un diálogo con este tipo de autoridades antes de que el juez de tutela asuma el conocimiento de un conflicto determinado⁶⁹; los mecanismos de coordinación definitivos, empero, deben ser establecidos en su momento por el Legislador, o consolidarse mediante el desarrollo jurisprudencial de esta Corporación y el Consejo Superior de la Judicatura al definir conflictos de competencia.

Dentro de ese marco, esta Sala decidió solicitar al Tribunal Superior Indígena del Tolima informar si ya conoció, o si se encuentra pendiente un pronunciamiento de su parte sobre el conflicto puesto en conocimiento de la Corte, y recibió respuesta negativa, basada en dos motivos: (i) el Tribunal Superior Indígena del Tolima afronta problemas económicos que -en concepto de las autoridades indígenas- tienen origen en la sentencia C-713 de 2008 en la que la Corte habría “excluido” a la Jurisdicción Especial Indígena de la Rama Judicial; (ii) la queja, al parecer, no reposa en sus archivos, pero de acuerdo con consultas efectuadas sobre el caso, el Gobernador del Resguardo, informó al Tribunal que el problema habría sido resuelto al interior del resguardo, en reuniones de la Asamblea General⁷⁰.

La segunda respuesta referida permite concluir que se han agotado las instancias internas y que el Tribunal Indígena no emitirá un fallo sobre el asunto y que, en consecuencia puede procederse al estudio del fondo del problema.

Antes de abordar el estudio mencionado, la Sala considera pertinente referirse al problema de los recursos, puesto de presente por los magistrados o autoridades del Tribunal Superior Indígena del Tolima.

3. Estudio de fondo sobre la eventual vulneración a los derechos fundamentales del peticionario.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala utilizará los siguientes criterios, siguiendo la jurisprudencia reiterada en los fundamentos del fallo.

Primero: en virtud del principio de maximización de la autonomía, la Corporación se mantendrá ajena a problemas internos de la comunidad que no hayan sido planteados directamente como causantes de desconocimiento de derechos fundamentales del señor

José Cenen Madrigal Tique. En ese orden de ideas, no corresponde a esta Sala señalar la forma en que deben ser utilizados esos recursos, ni pronunciarse sobre cada una de las distintas decisiones adoptadas por la comunidad, reunida en Asamblea General, para el reparto, o la determinación de los planes que se adelanten con esos dineros.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Sala anota que si las autoridades del resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional lo estiman conveniente en el marco de su autonomía, pueden solicitar asesoría o información a los órganos del orden nacional y territorial, particularmente, al Departamento Nacional de Planeación y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior para despejar cualquier duda sobre el Sistema General de Participaciones.

Siguiendo el curso trazado por la Corte en la sentencia T-1253 de 2008, la Sala reivindicará el derecho a la autonomía de la comunidad, y en ese sentido invitará a las partes a que se reúnan nuevamente para determinar posibilidades de acercamiento acordes con los usos y costumbres de la parcialidad de Chenche Buenos Aires Tradicional. Sin embargo, a diferencia del fallo referido, la Sala sí efectuará un pronunciamiento de fondo, pues las respuestas recibidas por el Tribunal Superior Indígena del Tolima demuestran que actualmente no hay instancias por agotar en el marco de la comunidad.

Segundo: en respeto al principio a mayor conservación, mayor autonomía, y de la faceta presentada en los fundamentos del fallo como “a mayor conservación, mayor necesidad de ‘traducción’ intercultural; a menor conservación, menor necesidad de esta ‘traducción’”, la Sala tendrá en cuenta el hecho de que el Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional decidió establecer sus principales derechos, obligaciones, forma de organización política, y procedimientos, en un reglamento escrito (en adelante, el Reglamento), similar a los compendios normativos utilizados en el derecho occidental.

Es pertinente recalcar que la Corte Constitucional no tiene competencia para ofrecer una interpretación autorizada de esas normas. Lo que en esta oportunidad se tomará en cuenta, es que las comunidades de la etnia coyaima-natagaima se encuentran en un proceso de recuperación de costumbres -como de hecho lo expresa el artículo 2º del Reglamento-, y en ese marco, han adoptado normas y formas jurídicas similares a las

del derecho occidental que pueden ser apreciadas con relativa sencillez como medios de prueba sobre la previsibilidad de las decisiones adoptadas por las autoridades del resguardo, y como pautas para determinar la razonabilidad de las decisiones controvertidas en este proceso.

El Reglamento no equivale a un compendio de prácticas tradicionales, sino que establece más bien un proyecto de vida; se parece, en tal sentido, más a un texto constitucional que a un “código” con respuestas específicas a situaciones plenamente identificadas, y por lo tanto tipificadas como supuestos de hecho, aunque contiene algunas reglas concretas. La Corte entonces tomará como marco de referencia los siguientes elementos del Reglamento, por su relación con el problema abordado:

* La definición de la comunidad en relación con su ubicación geográfica, en el sur del Tolima; los fines de la comunidad relacionados con “la recuperación de valores indígenas y el desarrollo colectivo de sus integrantes, bajo los principios de Unidad, Tierra y Cultura” (artículo 2º); el respeto por los derechos fundamentales y la prevalencia de “la convivencia colectiva sobre el interés particular” la determinación de órganos políticos y de gobierno: la Asamblea General, que ostenta la “soberanía”, y el cabildo, como principal autoridad de gobierno; y los principios de igualdad y no discriminación entre las familias del Cabildo⁷².

* Las obligaciones de los miembros de la comunidad de asistir a las reuniones de la asamblea de forma puntual, acatar el reglamento interno y resolver los conflictos mediante los órganos internos⁷³;

* Los derechos de los miembros de la comunidad: (a opinar, ser escuchado y respetado en su opinión; a discutir en la asamblea programas y planes de desarrollo de la comunidad; a que sus bienes sean respetados; y al honra y el buen nombre;⁷⁴

* Y las siguientes reglas concretas sobre la adopción de decisiones por parte de la Asamblea General: a esta pueden y deben asistir todos los miembros de la comunidad mayores de dieciocho años; las decisiones aprobatorias se adoptarán por el voto favorable de dos tercios de los miembros activos de la Asamblea, y las decisiones de “revocatoria”,

por el voto favorable de tres cuartas partes del quórum⁷⁵.

Tercero: en virtud de la diferenciación entre ámbitos autonómicos establecida en los fundamentos del fallo, la Sala determinará el ámbito en el que se adoptó la decisión controvertida, así como el carácter de la misma.

La decisión adoptada por la Asamblea General de Chenche Buenos Aires Tradicional, en el sentido de excluir de los beneficios del Sistema General de Participaciones a los miembros de la comunidad que se han ausentado por largos períodos del territorio colectivo ha sido considerada, tanto por el peticionario como por los jueces de instancia, como una sanción de las autoridades del cabildo, y desde tal perspectiva han evaluado la posible vulneración del derecho fundamental al debido proceso del accionante. Para esta Sala esa interpretación de los hechos es incorrecta.

En primer lugar, porque la decisión que se discute no fue adoptada por el cabildo que es la principal autoridad del resguardo, sino por la Asamblea General de la comunidad que, de acuerdo con el Reglamento, es el órgano que ostenta la soberanía política de la comunidad; es decir, es el principal órgano de poder político del Resguardo en el que se adoptan decisiones por medio de la participación directa de todos los miembros de la comunidad.

La decisión controvertida tampoco puede ser considerada una sanción, pues no se adoptó como un procedimiento para castigar o recomponer el equilibrio roto por una conducta del peticionario considerada nociva en el marco de las tradiciones de la comunidad. Se trata de una medida que incumbe a todos los miembros de la comunidad, y consiste en una redistribución de las cargas y beneficios sociales en relación con los programas adelantados con recursos del Sistema General de Participaciones. Es posible que la decisión afecte materialmente al peticionario, como puede suceder con cualquier determinación adoptada por los órganos de decisión política en cualquier comunidad.

Debido a que la decisión, a juicio de la Sala es de carácter político y se ubica en uno de los ámbitos en los que la autonomía de las comunidades adquiere mayor alcance, solo en caso de que se acredite una restricción injustificada, irrazonable o desproporcionada de los derechos individuales de los miembros específicos de la comunidad, podría el juez de

tutela quitarle eficacia. En ese marco, se analizan los cargos concretos.

1. La Sala encuentra que el cargo sobre un desconocimiento al derecho fundamental al trabajo es abiertamente infundado pues el peticionario ocupa un puesto de trabajo en Bogotá, situación que en nada incumbe a las autoridades de la comunidad de Chenche Buenos Aires Tradicional.
2. El cargo sobre una presunta sanción de expulsión de la comunidad, unida a una confiscación de los bienes o un desconocimiento de los derechos adquiridos por el peticionario, resulta infundado pues, como se puede comprobar en el expediente de tutela, el Gobernador de Chenche Buenos Aires Tradicional, en las comunicaciones que ha sostenido con el peticionario y en los escritos dirigidos a esta Corporación lo ha invitado a retornar al territorio del resguardo y de esa forma cumplir con las obligaciones de todos los miembros de la comunidad y percibir los beneficios que ostentan los miembros del resguardo que residen en el territorio colectivo.

En el mismo sentido, no se advierte que se haya aplicado la pena de confiscación sobre el peticionario, pues sus bienes no han sido desconocidos ni afectados con algún gravamen particular. De nuevo, de acuerdo con la información remitida a esta Corporación, el resguardo, a través de sus padres, le ha hecho entrega de algunos bienes y semovientes derivados de los programas adelantados con dineros del Sistema General de Participaciones.

Finalmente, la decisión de excluir al peticionario de los proyectos del Sistema General de Participaciones no irrespeta sus derechos adquiridos, por la sencilla razón de que el peticionario no es titular de ese derecho. El derecho a participar de los recursos del Sistema General de Participaciones es un derecho del resguardo.

El derecho -de mayor trascendencia- de recibir recursos por parte de la Nación para la protección de la autonomía, la diversidad y la integridad cultural es un derecho de las comunidades indígenas y no de sus miembros individualmente considerados.

El peticionario no tiene entonces un derecho adquirido a participar en esos planes, a menos de que se ciña a las condiciones determinadas por los órganos políticos y de gobierno del resguardo.

3. Procede a determinar la Sala si la exclusión del peticionario de los beneficios del Sistema General de Participaciones tiene un carácter discriminatorio y/o si lo afecta de manera irrazonable y desproporcionada frente a otros miembros de la comunidad.

Para resolver este problema, la Sala se apoyará en dos bases: (i) la forma en que se estudió un problema similar en la sentencia SU-510 de 1998, y (ii) las consideraciones efectuadas en los fundamentos del fallo sobre la importancia del territorio para las comunidades indígenas, y para el diseño del Sistema General de Participaciones por parte del Legislador.

3.1 En la sentencia SU-510 de 1998, ampliamente reiterada, la Corte estudió un conflicto en el que algunos miembros de la comunidad ika, de la Sierra Nevada de Santa Marta, consideraban ser víctimas de sanciones y medidas discriminatorias por parte de las autoridades indígenas, debido a su adhesión a la fe cristiana y la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia.

En concepto de los demandantes, una de esas medidas arbitrarias consistía en asignarles un monto menor de los recursos del resguardo a quienes acogieron la fe cristiana.

En ese fallo, la Corte Constitucional se basó en estudios etnográficos sobre la comunidad ika, y concluyó que debido a que en esa cultura el poder político se encuentra fundido con el poder religioso, el abandono de ciertas tradiciones implicaba un deterioro del poder político y legitimidad de las autoridades ika, principalmente, de la figura del mamo. Por lo tanto, estimó la Sala Plena, la adhesión a la fe cristiana y/o el abandono de las creencias y tradiciones ika constituía un criterio legítimo de diferenciación en el reparto de los recursos⁷⁶.

En el caso sub-exámine la Asamblea General del Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional decidió excluir de los beneficios del Sistema General de Participaciones a quienes no habitan dentro del territorio. En consecuencia corresponde a la Sala determinar si el criterio de residencia en el territorio es legítimo a la hora de determinar la participación de los miembros de la comunidad en tales planes y programas.

(i) En el Reglamento se plasma la importancia que posee el territorio para la comunidad de

Chenche Buenos Aires Tradicional; se define el resguardo en relación con el territorio que ocupa; se consagran como principios la unidad, la tierra y la colectividad; se señala la primacía de los intereses colectivos sobre los individuales; y se plantea como propósito esencial la recuperación de las tradiciones, a partir de la vida en comunidad.

(ii) Tanto la jurisprudencia constitucional como los principales instrumentos de derecho internacional relativos a los derechos de los pueblos indígenas han reconocido la especial relación que se da entre los grupos originarios y sus territorios, indicando que esta se evidencia en sus tradiciones, prácticas religiosas, modos de producción propios de la economía indígena y en la armonía que (como regla general) se presenta entre los indígenas y su medio ambiente⁷⁷; además, fallos reiterados en esta oportunidad han puesto énfasis en el carácter esencial del territorio como propiedad colectiva y espacio de interacción cultural y ejercicio de autonomía de las comunidades indígenas.

(iii) Desde la lógica del Sistema General de Participaciones y del ordenamiento territorial, los recursos que la Nación destina a las entidades territoriales son una manifestación de la autonomía y la descentralización territorial, por lo que resulta natural que los proyectos que se adelanten con tales recursos se lleven a cabo de forma prioritaria en el territorio.⁷⁸

(iv) En el marco de la Ley 715 de 2001, que desarrolla los artículos 356 y 357 de la Constitución Política, como ampliamente se expresó en los fundamentos, se establece que los resguardos son los beneficiarios del Sistema General de Participaciones y no los indígenas individualmente considerados. El resguardo, además, es definido constitucionalmente como propiedad comunitaria y como un ámbito territorial en el que se ejerce la autonomía de las comunidades indígenas; los recursos del Sistema General de Participaciones que se desarrollan mediante programas al interior del Resguardo.

Por lo tanto, la Sala estima que si la comunidad de Chenche Buenos Aires Tradicional decide utilizar sus recursos en proyectos en los que solo participen los miembros de la comunidad que permanecen al interior del territorio, esta decisión, desde el punto de vista del bloque de constitucionalidad, se encuentra fundada en razones legítimas e incluso de relevancia constitucional y no puede, en consecuencia, considerarse discriminatoria. Resulta evidente que los indígenas que habitan en el territorio no se

encuentran en la misma situación de hecho que aquellos que se ausentan del mismo, y que quienes habitan en el territorio colectivo necesitan más de estos recursos que quienes están por fuera del mismo.

No escapa a la Sala el hecho de que en algunos casos, la exclusión puede resultar injustificada, como cuando un miembro del resguardo se vea obligado a abandonar el territorio por motivos ajenos a su voluntad (coacción física, desplazamiento, amenazas). Esos elementos deberán ser consultados por el juez y tenidos en cuenta por las autoridades indígenas, pero en términos generales, el criterio de permanencia en el resguardo no solo no es injustificado, sino que se ajusta a mandatos constitucionales y de derecho internacional.

4. De la supuesta violación al derecho fundamental al debido proceso.

La supuesta vulneración al derecho fundamental al debido proceso del accionante gira en torno a la previsibilidad de la decisión adoptada por el Resguardo. Para resolver este asunto, la Sala tendrá en cuenta dos elementos: los “reemplazos” y el Reglamento como normas preexistentes, y el ámbito autonómico en el que se adoptó la decisión.

Como se expresó, a juicio de la Sala la decisión adoptada por la comunidad no es de carácter sancionatorio. Se trata de una decisión autónoma sobre la forma en que se emplean dentro de la comunidad los recursos del Sistema General de Participaciones que pertenecen al resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional. A juicio de la Sala, la garantía del debido proceso en ese marco se traduce en el derecho de participación de todo miembro en la Asamblea General.

Ahora bien, el ejercicio de ese derecho supone la asistencia a las reuniones de la Asamblea General (que además es un deber de los miembros de la comunidad). Como se estableció en el trámite de la acción, el peticionario reside en Bogotá y por esa razón no asiste a las reuniones de la Asamblea. Sin embargo, como lo afirma tanto el accionante como el gobernador del cabildo, sus padres tienen poder en la asamblea y ejercen su representación.

En cuanto a la previsibilidad, la Sala observa que la existencia de un pacto conocido en la comunidad como reemplazos, hacía que la decisión adoptada por la comunidad

resultara plenamente previsible. Nótese que los reemplazos no tienen el alcance de una tradición, una costumbre, o un uso de la comunidad, pero fueron pactos adoptados de común acuerdo entre las autoridades del resguardo y los miembros de la comunidad que se encontraban en la misma situación de hecho del accionante. El significado de la figura fue explicado al juez de tutela en términos prácticamente idénticos por el peticionario y por el Gobernador de Chenche Buenos Aires Tradicional.

No hace falta, entonces, determinar la naturaleza jurídica de ese acuerdo para concluir que cumple los requisitos de la jurisprudencia constitucional sobre el respeto por el debido proceso en las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas, en tanto la consecuencia del no retorno al territorio era sin duda previsible.

El derecho a participar en las reuniones de la Asamblea General tampoco fue desconocido por las autoridades del Resguardo; por el contrario, los gobernadores del cabildo que han intervenido en este trámite han manifestado que el señor Madrigal Tique puede intervenir en ellas y que, en el marco de los “reemplazos”, el peticionario dejó encargada a su madre de la defensa de sus intereses en el escenario político de la comunidad.

5. Finalmente, la Sala constata que los censos, si bien cumplen una función importante en la delimitación del grupo poblacional al que se dirigen políticas públicas afirmativas, no son un mecanismo que acredite con exactitud la población de los resguardos, debido a que en ellos se refleja, por regla general, la pertenencia a la comunidad y la identidad indígena y, de acuerdo con lo establecido en los fundamentos del fallo, la permanencia en el territorio es un elemento apenas indicativo de esos aspectos.

Lo anterior explica el sentido de la controversia planteada por las partes ante esta Sala de Revisión: para el actor, el hecho de estar registrado en el padrón o censo de la comunidad implica que debe ser beneficiario de todas las prerrogativas que reciben los miembros de la comunidad; para las autoridades del resguardo, en cambio, el censo certifica la pertenencia a la comunidad, pero no excluye la posibilidad de establecer un trato diferenciado legítimo con base, entre otros posibles factores, en el lugar de residencia de sus miembros.

Como se explicó en los fundamentos del fallo, cualquier decisión que pretenda reevaluar la forma en que se llevan los censos, o el cálculo de los recursos del Sistema General de

Participaciones corresponde al Legislador, quien deberá tener en cuenta la opinión de las comunidades indígenas, que son las principales afectadas e interesadas en estas determinaciones.

Dado que la exclusión del peticionario fue una decisión política de la comunidad, tampoco puede pensarse que hizo tránsito a cosa juzgada; por el contrario, como es propio de las decisiones políticas es siempre posible que la comunidad reconsidere la decisión, o determine una nueva forma de manejar los recursos del Sistema General de Participaciones para la vigencia fiscal del 2010. Si el peticionario lo desea, podrá participar en esas discusiones políticas y mover las fuerzas de la comunidad a su favor.

En atención a las consideraciones precedentes, la Sala reiterará las decisiones de instancia, en el sentido de denegar la protección a los derechos a la integridad étnica, la diversidad, la igualdad, el trabajo y la Jurisdicción Especial Indígena.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos, ordenada para decidir el presente asunto, mediante Auto del (31) de marzo de dos mil nueve (2009).

Segundo. Confirmar parcialmente los fallos proferidos en primera instancia por el juzgado promiscuo de Coyaima el diecisiete (17) de octubre de dos mil ocho (2008), el Juzgado Segundo del Guamo en segunda instancia el veintiocho (28) de noviembre de dos mil ocho (2008), en cuanto denegaron la protección de los derechos a la igualdad, y revocar las citadas sentencias en cuanto concedieron el amparo al derecho fundamental al debido proceso.

Tercero. Denegar la protección al derecho fundamental del debido proceso de José Cenen Madrigal Tique por ausencia de vulneración, de conformidad con lo expresado en la parte

motiva del fallo (Ver, Fundamentos // Caso concreto // acápite 3).

Cuarto. Informar al resguardo y la comunidad de Chenche Buenos Aires Tradicional que, si bien la Sala no encuentra vulneración a los derechos fundamentales del peticionario, ello no obsta para que se intente llegar a nuevos acuerdos entre los miembros de la parcialidad sobre el manejo de los recursos.

Quinto. Invitar a los miembros del Tribunal Superior Indígena del Tolima, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y el Consejo Superior de la Judicatura para que inicien conversaciones con el fin de determinar la viabilidad de adelantar planes que favorezcan el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena por parte de la autoridad indígena mencionada.

Sexto. Ordenar al Departamento Nacional de Planeación y a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior informar al resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional sobre los programas de capacitación relacionados con el Sistema General de Participaciones que se encuentren disponibles para que, si las autoridades de la comunidad, en ejercicio de su autonomía lo consideran conveniente, puedan participar en ellos.

Séptimo.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

1 Nota de la Sala: en este aparte, los hechos son presentados siguiendo la narración del accionante. La versión de los hechos, y los argumentos de las autoridades demandadas se encuentran en el acápite destinado a reseñar su intervención, así como en el acápite “impugnación del fallo”

2 Cfr. Cuaderno de tutela; anexo 1, folios 6-11 (familia 76); anexo 2, folios 13-22 (familia 38).

3 Acta No. 16 de 27 de junio de 2007; Asamblea General, Fls. 69-73.

4 Acta No. 3 de 26 de enero de 2008; Asamblea General; Fls. 74-84.

5 Acta No. 6 de 16 de febrero de 2008; Asamblea General; Fls. 85-88 y copia en los folios 136-141 enviada por el Gobernador del Resguardo, para verificación de las firmas por parte del ad-quem.

6 Herinaldy Gómez, coordinador de la Maestría en Antropología Jurídica de la Universidad del Cauca. “... a pesar de las múltiples formas existentes de autoridad indígena, los resguardos o parcialidades del pueblo pijao, que está conformado por más de 50 resguardos y/o cabildos, solamente reconocen como autoridad al cabildo: “La explicación más factible que por el momento encuentro al respecto puede reducirse a que si bien no desaparecieron físicamente, como le pasó a muchos otros pueblos, escasamente lograron sobrevivir perdiendo su lengua, buena parte de su cultura y con ellas sus formas de autoridad ancestral. Si hoy son reconocidos como un pueblo indígena se debe, fundamentalmente, al proceso de lucha, resistencia y recuperación político-‘cultural’ indígena iniciado en tiempos modernos (mediados del siglo pasado). Proceso que la memoria cultural pijao siempre invoca recordando las luchas abanderadas por su destacado líder nacional, el terrajero Manuel Quintín Lame ... Es importante anotar que para ese reconocimiento, además de la lucha política del movimiento indígena, contribuyeron en gran medida los nuevos derechos indígenas consagrados en la Constitución de 1991...”. El papel de Quintín Lame en las reivindicaciones de los pueblos indígenas es ampliamente conocido. Al indígena se le atribuye haber instrumentalizado la Ley 89 de 1890 para articular las luchas indígenas en torno de

la recuperación de territorios y el ejercicio del autogobierno.

7 Socorro Vásquez, Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia expresó que “los problemas con el censo son comunes a muchas comunidades... desde la perspectiva del parentesco, la descendencia se suma al censo, razón por la cual el documento emitido por el INCORA acerca de que solamente podría generar un conflicto generacional. Sin embargo, aclara que la alteración de los censos también puede estar asociada “a prácticas relacionadas con períodos electorales o intereses de captación de recursos vía transferencias”” Adriana Puentes, en calidad de Jefe de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH- señaló: “tras la negativa de permitir la inclusión de nuevas familias en el resguardo hay razones de carácter político más o menos estructuradas legalmente, consecuencia del descontrol sobre los resguardos y la jurisdicción indígena. Descontrol, que se evidencia en los efectos de las circulares producidas por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia...” Para ilustrar sobre ello anexó un artículo por Margarita Chaves, titulado “cabildos multiétnicos e identidades depuradas”, en el cual analiza “El interés estatal por ‘depurar’ los resguardos, en la búsqueda de recuperar el control sobre los beneficios que se desprenden no solo de la constitución de estas propiedades colectivas, sino de las transferencias que son giradas a cada municipio para su posterior entrega a los cabildos de cada resguardo, las cuales pueden variar dependiendo de los miembros que estén inscritos en el mismo”.

8 En el concepto rendido por Herinaldy Gómez (citado), también se expresa: “Manifiesta que la elección tradicional de los cabildos se ha transformado sustancialmente a partir de las leyes 60 de 1993 y 715 de 2001. Dice que los líderes de distintos pueblos indígenas coinciden en esta apreciación y transcribe el siguiente argumento de uno de ellos: “antes el ‘traspaso de las varas de mando’, ‘la rotación de los cargos’ [así se refieren a los que nosotros llamamos elección] era motivo de fiesta. No había disputa por los cargos, se elegía a las personas mayores que tenían más experiencia de trabajo en comunidad, no era necesario saber de leyes escritas - sólo al secretario se le escogía si sabía leer y escribir y si era bueno para esto podía durar varios años-, los escogidos no podían negarse al cargo ya que todos debían y tenían la obligación de ir rotando para servir a la comunidad (...) Pero todo cambió después de que llegaron los recursos de transferencia, existen varias planchas, se hacen campañas y

promesas, se eligen jóvenes que saben leer y escribir, pero no conocen mucho de la costumbre, los cabildos no trabajan para el bien de toda la comunidad, sino para algunos, la autoridad se dedica a resolver los problemas de proyectos, a estar por fuera de la comunidad y se descuidan los problemas internos de la vida comunitaria (...) por eso cuando llegan esos recursos nosotros decimos que llegó el veneno que trae tantos problemas, divisiones y a veces hasta muertes.””

9 Gloria Lopera, Robert Dover, Carolina Llanes, de la Universidad de Antioquia, conceptuaron “En resumidas cuentas, si la sentencia que adopte la Corte en este caso se limita a decidir a favor de uno u otro de los litigantes en disputa difícilmente podrá contribuir a resolver el conflicto interno que la comunidad está sufriendo actual e históricamente, que se expresa hoy en términos de la lista censal y la cuestión de la membresía de la comunidad, pero que tiene sus orígenes en otros asuntos.” ... “Consideramos que en este caso la intervención de la Corte debería contribuir a propiciar las condiciones para que esta comunidad no continúe remitiendo la decisión de sus conflictos internos a la justicia ordinaria y, en su lugar, fortalezca los procedimientos jurídico-políticos internos. De hecho, en Tolima existen Casas de Justicia del Tribunal Superior Indígena del Tolima que pertenecen al Consejo Regional Indígena del Tolima (CRIT), que hubiera sido la institución más indicada para recibir el caso de Potrerito dada la imposibilidad de las dos facciones de llegar a una resolución interna. Debe propenderse, en definitiva, por fortalecer un procedimiento donde la justicia ordinaria sea el último recurso legal al que acudir después de haber utilizado todos los instrumentos tradicionales y dentro de la jurisprudencia especial indígena. Si la comunidad está negociando los conceptos de autonomía, autoridad, territorio, sanción y tradición, es mejor que lo hagan dentro de su propia institucionalidad jurídica, en lugar de entregar la decisión de estos asuntos a las autoridades del Estado”.

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

11 Aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

12 A juicio de esta Corporación, el Convenio hace parte del Bloque de constitucionalidad. Ver, por todos, los fallos SU-037 de 1997, SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

13 Al respecto, ha señalado la Corte: “En relación con la asignación de recursos a los grupos y comunidades indígenas, a fin de hacer efectivos sus derechos fundamentales, cabe recordar lo dispuesto por el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que además de consagrar de manera expresa, que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, del conjunto de sus normas se desprende el deber del Estado de garantizar la disponibilidad de recursos suficientes y la toma de medidas y actuaciones para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, interpretación que ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Sentencia C-921 de 2007, reiterando la doctrina sentada en el fallo T-704 de 2006.

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

16 Desde tempranos pronunciamientos, la Corte se refirió a las tensiones que pueden darse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y el sistema de derechos fundamentales. Así, en la T-254 de 1994, expresó: “mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.¹⁶ Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).

17 En un sentido más amplio, el juez debe determinar, incluso, qué limitaciones o restricciones a los derechos individuales resultan legítimas para la permanencia cultural de cada comunidad. Ver, al respecto, sentencia SU-510 de 1998.

18 Como es obvio, todas las personas indígenas que tienen la calidad de ciudadanos colombianos, son titulares de los derechos generales de participación consagrados en el artículo 40 Superior.

19 Constitución Política. Artículo 171, inciso 5º: “Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

Artículo 176, incisos 4º y 5º: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas”. || “Mediante esta circunscripción, se podrán elegir hasta cuatro representantes.” se garantiza que el punto de vista de los pueblos originarios sea tenido en cuenta en el proceso de toma de decisiones del orden nacional, como una forma de superar las barreras que enfrentan para acceder a los centros de decisión del país. Es amplia la jurisprudencia de la Corporación sobre el derecho fundamental a la consulta previa. Ver, por todas, los recientes fallos C-030 de 2008 y SU-383 de 2003. (Art. 40 C.P. Art. 330, parágrafo, C.P. Convenio 169, artículos 6º y 7º principalmente). de otro lado, mediante el derecho fundamental a la consulta previa se prescribe la participación directa y efectiva de las comunidades en las decisiones que las afectan.

20 Cfr. Artículo 246, Constitución Política.

21 El principio de autonomía encuentra sus principales manifestaciones constitucionales en los artículos 58 y 63, que protegen los territorios de los pueblos indígenas y que deben ser interpretados y complementados por los artículos 13-19 del Convenio 169 de la OIT; y en el artículo 329 constitucional que se refiere al carácter no enajaneble de los resguardos, derivado de su calidad de propiedad colectiva; en el artículo 246 que establece la existencia de una Jurisdicción Especial Indígena (aplicación del derecho), que ejercerá sus funciones de acuerdo con los usos y

costumbres tradicionales de cada pueblo (facultad de crear o mantener el derecho propio; la autonomía también se proyecta en la organización política de las comunidades, así como en el manejo de sus asuntos, entre los que se destaca el la posibilidad de concebir y manejar un concepto propio de desarrollo, definir sus prioridades y planes económicos, etc (Ver, principalmente artículos 330, 356 y 357 de la Carta, sobre los que se profundizará en el último acápite de los Fundamentos. Este principio constituye, además, un desarrollo de uno de los principios cardinales del derecho internacional, la “autodeterminación de los pueblos”, que se encuentra consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); en el Programa de Acción de Viena, y en la reciente Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el Convenio 169 de la OIT.

22 Ver, Sentencia SU-510 de 1998, Fundamento 47: “La Corte ha señalado que las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales (C.P., artículo 1º) y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial...” Ver, también, las sentencias T-405 de 1993 y T-254 de 1994.

23 “...la Corte Constitucional, no puede juzgar las acciones o abstenciones de las autoridades indígenas con el mismo rigor que aplica en los demás casos. Aquí no se expresa que la Corte deba adoptar una actitud indulgente. Simplemente, se puntualiza que el juez constitucional debe proceder con cautela y deferencia. De una parte, se debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (interpretación pro indígena)”. Cfr. sentencia SU-510 de 1998.

24 Este principio fue planteado por primera vez en las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de

1996, y ha sido reiterado en numerosas oportunidades como el criterio esencial para el estudio de casos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas. En la T-349 de 1996 expresó la Corporación: "... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". sentencia SU-510 de 1998, señaló la Corporación: "En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)".

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

26 *Ibidem*.

27 Sentencias T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

28 Al respecto, es oportuno mencionar que, a pesar de que el principio ha sido reiterado desde 1994, no existe un solo pronunciamiento en el que la Corte haya aceptado o impuesto una restricción a la autonomía de una comunidad indígena que ha sufrido un proceso de "aculturación", o de pérdida de costumbres tradicionales.

29 La Sala considera que el preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como algunas de sus disposiciones concretas constituyen criterios relevantes de interpretación en la materia,

especialmente, los siguientes aspectos “Reafirmando que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación”... “reconociendo que la Carta de la Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural (Preámbulo); el artículo 2 que consagra la igualdad entre los pueblos y el artículo 3º que se refiere al derecho a la libre determinación para determinar su condición política y perseguir su desarrollo económico, social y cultural.”.

30 Así, por ejemplo, Esther Sánchez (Cfr. Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Revista IIDH, No. 41, enero a junio de 2005. Pgs. 225-251) señala que “... se reconoce que existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia. Ésta se sustenta sobre el valor que tiene que ordenar, en determinado sentido la sociedad, como elemento de un derecho propio. Quiere decir que concurren para administrar justicia, o autoridades individuales (un gobernador), o grupos con esta competencia (todas las autoridades del cabildo), o comunidades enteras que conocen el caso y definen sanciones (caso los paeces). También hay para administrar justicia como medio y símbolo, el uso de bastones de mando y oratoria amplia (wayuu), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (emberas), utilización de equipos modernos como computadores conectados a internet con el mundo para el conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (u’wa, paeces). Muchos, también realizan y formalizan sus tareas por escrito, (guambianos y emberas) y hay pueblos que contratan abogados de fuera -no indígenas-, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, aduciendo en este caso que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias (awa, emberas). Se puede concluir que las autoridades indígenas de pueblos como los pastos, asumen el derecho positivo estatal como derecho propio y en contraste, los cubeo tienen un derecho propio que cuesta trabajo entenderlo ya que se fundamenta en el mito y el ritual.”

31 “El análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción

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

32 Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, SU-510 de 1998: “Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente”.

33 Cfr. Sentencias T-254 de 1994 y T-349, SU-510 de 1998 y T-1022 de 2001.

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

35 En la sentencia T-349 de 1996 se expresó, además: “Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables,

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

36 Cfr. principalmente, la sentencia T-523 de 1997: “A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a una completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.”

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

38 La expresión costumbres, del artículo 246, no es entonces idéntica a la costumbre como fuente de derecho, que supone la repetición inveterada de una

práctica social específica. Lo previsible puede derivarse de nuevas formas jurídicas adoptadas por la comunidad en virtud de su interacción con otras culturas y con el Sistema Jurídico Nacional.

39 Sentencia T-523 de 1997 y T-349 de 1996.

40 SU-510 de 1998, reiterando lo establecido en el fallo T-254 de 1994.

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

42 Por ello, la Corte ha recurrido en múltiples oportunidades al concepto de antropólogos expertos para determinar si una conducta determinada, a la luz del derecho y un orden social indígena determinado implica una lesión a la integridad; o si una figura como el trabajo comunitario puede asociarse en alguna medida a la servidumbre.

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

En la sentencia SU-510 de 1998 se resolvió un problema que no abarcó la misma atención que la tensión entre la libertad religiosa y la integridad cultural de los ika. Los demandantes, miembros de la comunidad que adhirieron la fe evangélica afirmaron que se produjo un reparto desigual de recursos por parte de las autoridades indígenas, lo que a su juicio sería discriminatorio. La Corte evaluó este aspecto a la luz del derecho a la igualdad y consideró que, dentro de la cultura ika, la adhesión a la religión evangélica constituía un criterio legítimo de diferenciación. SU-510 de 1998.

En materia de fuero indígena, y del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, la Corte ha expresado que, si bien las autoridades indígenas tienen la facultad de

decidir qué casos conocen (carácter dispositivo de la jurisdicción), este derecho se limita cuando surge un caso similar a uno que ya fue decidido por la comunidad: en razón al principio de igualdad, la negativa de asumir el conocimiento de un nuevo caso estaría injustificada.

De similar manera, al estudiar si la decisión de expulsar a un indígena del territorio colectivo implica una pena de destierro, prohibida por la constitución nacional, la Corte falló en favor de la comunidad, al considerar que la pena de destierro supone el extrañamiento del territorio nacional, y no del territorio de la comunidad. Como puede verse, la Corte solo pudo efectuar este análisis por considerar que la prohibición se extiende a la autonomía de la comunidad. (T-523 de 1997).

45 La Jurisprudencia de la Corte ha considerado que la autonomía es especialmente amplia en temas como la elección de las autoridades propias del resguardo (T-1258 de 2008, T-979 de 2006 Y T-737 de 2005), la elección y traslado de ARS o EPS, (C-088 de 2001, C-898 de 2002, T-379 de 2003), la destinación de los recursos que reciben los resguardos del Sistema General de Participaciones (T-704 de 2006, SU-510 de 1998, C-921 de 2007), el ejercicio del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio (T-188 de 1993, T-380 de 1993, T-428 de 1992, T-652 de 1998, entre otros.

46 Sobre el fundamento normativo de la distribución de recursos de la Nación a los resguardos indígenas (Ley 1122 de 2007, Artículo 83) a la luz del bloque de constitucionalidad que en la materia conforman los artículos 356 y 357 de la Carta y diversos instrumentos internacionales que, dependiendo de su fuerza normativa específica, pueden (i) ser incorporados -total o parcialmente- a la Constitución Política, en virtud de la cláusula de remisión del artículo 93 Superior; (ii) complementar las garantías de las que gozan los derechos en el orden interno; (iii) condicionar la interpretación de los mismos en virtud del principio pro homine y el inciso 2º del artículo 93 C.P. “[iv] ajustar la legislación interna así como los mecanismos internos de protección a lo establecido en tales Pactos; [v] abstenerse de promulgar normas que contraríen esos Tratados sobre la protección de los Derechos Humanos; [vi] evitar que por la acción u omisión de las autoridades o agentes estatales se desconozcan las obligaciones establecidas en los acuerdos internacionales. (Ibídem). A nivel del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT y la

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (ver supra, fundamentos, 1), se refieren en diversas cláusulas a la obligación de garantizar a las comunidades indígenas los recursos requeridos para la conservación de su identidad y el despliegue de su autonomía. La Corporación explicó en el fallo citado que, de acuerdo con los artículos 25-27 del Convenio 169 de 1989, el Estado debe garantizar la provisión de recursos a las comunidades que garanticen la prestación de servicios de educación y salud, obviamente, acordes con sus prácticas tradicionales. En el citado pronunciamiento, la Corte consideró que algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también establecen pautas de interpretación de los derechos de las comunidades indígenas. Concretamente, se refirió a las sentencias proferidas en los casos Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, y Comunidad Mayagna (Sumo) Awaas Tingni v. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. En los que la Corte Interamericana recalcó la especial relación entre los territorios de las comunidades indígenas para el desarrollo de su cultura y formas de vida, así como la especial protección que merecen estas comunidades.

47 T-704 de 2006.

48 “[P]uede decirse que existe una estrecha relación entre las responsabilidades de las que son titulares cada una de las entidades - de orden nacional y territorial - comprometidas con velar porque los recursos que le pertenecen a los Resguardos Indígenas en virtud de su participación en los ingresos corrientes de la Nación se inviertan en solventar las necesidades y aspiraciones de estos Resguardos de acuerdo con sus propios usos, tradiciones e instituciones y la efectiva realización del derecho al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. || Es factible establecer, de la misma manera, que las competencias puntuales de cada uno de los organismos y entidades territoriales involucradas con este asunto no pueden ser interpretadas aisladamente de modo que conlleve a justificar sesgadamente una ausencia de responsabilidad en relación, por ejemplo, con los deberes de apoyo, asesoría, seguimiento, evaluación y control en cabeza de cada una de las entidades competentes sino que el alcance y sentido de estas responsabilidades habrá de fijarse siempre de conformidad con la Constitución tomada en su conjunto así que se asegure la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales tal como lo exige el artículo 2º superior.

49 Publicada en el Diario Oficial No. 44.654 de 21 de diciembre de 2001. Cfr. artículos 82 y ss.

50 Ver, T-704 de 2006. Fundamentos 6.4-6.6 y 6.9.

51 T-634 de 1999.

52 Además, el decreto citado precisó los conceptos de “territorio indígena”, que es definido como “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”; en tanto que el “cabildo indígena” es aquella “entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres”.

53 En similar sentido, expresó la Corporación en las sentencias T-257 de 1993 y T-405 del mismo año: “En otras palabras un resguardo no es una entidad territorial sino una forma de propiedad colectiva de la tierra. || La propiedad colectiva que surge del resguardo es desarrollo de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la O.I.T., adoptado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, mediante el cual los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras”.

54 Sentencia T-634 de 1999.

55 Los gráficos reproducen, con algo de simplificación los presentados en el documento del Departamento Nacional de Planeación “Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones SGP 2009”, como guía sencilla y didáctica para el manejo de los recursos por parte de los entes territoriales. Disponible en Internet:

http://www.dnp.gov.co/PortalWeb/Portals/0/archivos/documentos/DDTS/Finanzas_Publicas_Territoriales/Orientaciones%20para%20la%20Programación%20SGP%20-%20DNP%202009%20vf.pdf

56 Decreto 159 de 2002, artículo 3o. “Certificación de información. Para efectos de la distribución de los recursos del Sistema General de Participaciones asignados a los resguardos indígenas, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, certificará al Departamento Nacional de Planeación la información sobre la población de los resguardos indígenas legalmente constituidos por municipio y departamento a más tardar el 30 de junio de cada año. || Para establecer los resguardos indígenas constituidos legalmente, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora, deberán prestar el apoyo requerido por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Dane”.

57 Así, por ejemplo, el dirigente de la Organización Nacional Indígena de Colombia - ONIC, Luis Evelis Andrade expresó el malestar de algunos grupos y personas indígenas por la forma en que se formularon las preguntas relativas a la identidad étnica en el censo de 2005: “En Colombia, las políticas de desconocimiento y dominación de los pueblos indígenas, las instrumenta el Estado a partir de la información censal. Esta nos genera desconfianza, toda vez que se trata de caracterizar a los indígenas desde parámetros de residencia, bilingüismo, familia nuclear o color de la piel [...] se llegó al extremo de intentar clasificar lo indígena para el próximo Censo Nacional con preguntas que aluden al color de la piel del encuestado o su residencia en resguardos, de tal suerte que el indígena que desdiga del color parámetro o se encuentre desplazado por la violencia perdió su pertenencia o identidad cultural”. Cfr. “Los sistemas de información sociodemográfica al servicio del ‘Desarrollo con identidad cultural’”, En Pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina y el Caribe. Publicación de Naciones Unidas, enero de 2006 Santiago de Chile, Pgs. 25-31.

58 Sentencia T-778 de 2005; en asuntos relativos a la garantía del fuero indígena, se ha definido que el factor subjetivo - relativo a la demostración de que el sujeto juzgado es realmente indígena - depende de la conciencia étnica demostrada como una condición real, de acuerdo con la cual la persona se encuentra integrado a la comunidad y sigue los usos y costumbres de la misma. Ha sostenido esta Corporación por ejemplo que “[e]n relación con el elemento subjetivo (...) el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos.” (T-1238 de 2004). Allí se reconoce la condición indígena de un sujeto, a partir de las propias certificaciones de la comunidad

indígena a la cual pertenecía. Igualmente, pueden verse las sentencias T-728 de 2002, en donde la persona juzgada es asumido como indígena, a partir de la certificación de la gobernadora de la Comunidad Indígena de Chenche Amayarco del Municipio de Coyaima - Tolima, que lo identifica como tal; sentencias T-496 de 1996, T-266 de 1999, T-1294 de 2005, T-009 de 2007, entre otras.

59 De conformidad con el artículo 19 del Decreto 2546 de 1999, las autoridades públicas están en la obligación de llevar un registro y control sobre las comunidades indígenas.

60 Ver, los artículos 7º de la ley 89 de 1890 y 5º de la ley 691 de 2000 y 19 del Decreto 2546 de 1999.

61 Cfr. T-703 de 2008.

62 El peticionario alega, en la demanda, que la exclusión se produjo en 2007. Sin embargo, es claro que lo que se produjo ese año fue la decisión de no incluir al peticionario y otros grupos familiares en los proyectos de 2008; en caso de que la decisión se hubiera modificado en las reuniones celebradas en 2008, la nueva destinación de los recursos tendría efecto en 2009.

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

64 Es importante señalar que el CRIT no agrupa todos los cabildos del Tolima. Existen cuatro agrupaciones similares: el CRIT, la Federación Indígena de cabildos Autónomos - Ficat, la Asociación de cabildos Indígenas del Tolima, Acit y la Asociación Regional Indígena del Tolima, Arit. "La organización con mayor participación de comunidades indígenas afiliadas es el CRIT con el 48%, seguida por la ACIT con el 29%, la FICAT con el 6% y la Arit con el 7%. Es notorio un porcentaje del 10% de comunidades sin afiliación a las organizaciones existentes y en algunos casos declaradas a sí mismas como independientes". Evidentemente, la el Tribunal Superior Indígena del Tolima solo puede ejercer funciones jurisdiccionales sobre los cabildos afiliados al CRIT que fueron los

que reconocieron su autoridad. La información se tomó de la Gobernación del Tolima, disponible en Internet:
<http://www.tolima.gov.co/portaw/eticos/estudiolineabase.pdf>
<http://www.tolima.gov.co/portaw/eticos/estudiolineabase.pdf>.

65 “En el VI Congreso del CRIT, realizado en la ciudad de Ibagué del 16 al 21 diciembre (sic) de 2001, la asamblea general decidió la creación del tribunal indígena, con el objetivo de fortalecer la administración de justicia en sus territorios, y con el fin de resolver múltiples inconvenientes que se presentan entre cabildos, y entre éstos y la administración de justicia estatal (jueces y fiscales). Posteriormente, en la junta directiva, reunida en septiembre de 2002 en el resguardo indígena de Vuelta del Río, la asamblea general realizó la elección de los tres miembros principales del tribunal. Luego, en la junta directiva del CRIT, reunida el 5 y 6 de septiembre de 2003, en el resguardo indígena de Yaguara, en el municipio de Chaparral, la asamblea general realizó la elección de los tres miembros suplentes del tribunal”. *Ibíd.*

66 De acuerdo con el documento “Ejercicio del derecho propio. El caso del Tribunal Superior Indígena del Tolima - CRIT”, disponible en Internet, <http://www.tolima.gov.co/portaw/eticos/Cartilla-crit.pdf>, a dos mil cinco, el Tribunal se había pronunciado sobre los siguientes temas:

ASUNTO

No. de Procesos

Porcentaje (%)

Negligencia pérdida de recursos

4

6%

Lesiones personales

3

4.5%

Alimentos Menores

6

9%

Tutelas

2

Laborales

2

3%

Violación estatutos CRIT

3

4.5%

Inaplicación de justicia

8

12%

Custodia Menores

5

7.5%

Desigualdad entrega de recursos de participación.

6

9%

Mala administración, Expulsiones

4

6%

Linderos, servidumbres, tierras, arriendos

6

9%

Acoso y abuso sexual

4

6%

Sanciones exageradas

3

4.5%

Situaciones irregulares menores

4

6%

Conflicto familiar

3

4.5%

Otros

4.5%

67 El CRIT agrupa principalmente comunidades de la etnia coyaima-natagaima -pueblo pijao-, así como un número reducido de comunidades del pueblo paez.

68 Escrito remitido por el Tribunal Superior Indígena del Tolima a la Corte Constitucional. Escrito remitido por el CRIT a la Secretaría de la Corte el cinco (5) de mayo de dos mil ocho (2009). Folio 83.

69 Al respecto, es especialmente relevante lo establecido en la sentencia T-1253 de 2008, sobre la intervención del juez de tutela como último recurso frente a recursos frente a problemas internos de la comunidad, así como los conceptos remitidos por los profesores Gloria Lopera, Robert Dover y Carolina Llanes en el mismo fallo. (Ver, Supra, Pruebas).

70 Así, en escrito radicado en la Secretaría de esta Corporación el 30 de abril de 2009, el CRIT expresó que “El Tribunal Superior Indígena del Tolima, no ha ejercido ninguna acción dentro de este proceso en virtud a que según información verbal sostenida con el Gobernador del Resguardo en varias ocasiones, manifestó que el asunto ya se había resuelto en la Comunidad, por que por unanimidad definieron no darle o beneficiarlo de los recursos de transferencia al que tiene derecho. || Además por respeto al cabildo como primera instancia que es para la solución de los conflictos internos se guardo (sic) silencio considerando que el este (sic) habría surtido la primera etapa en forma debida”; en el folio 83, respuesta del Tribunal Superior Indígena del Tolima, ya referida, se expresa: “Con relación a la queja a la cual se hace referencia en su oficio, me permito informar, que... al tratar de indagar con algunos miembros del Tribunal ... no se obtuvo respuesta clara”.

71 La recomendación, además, tiene por sustento las siguientes razones jurídicas: (i) corresponde a las comunidades elegir sus autoridades y esta decisión debe ser respetada por las autoridades públicas nacionales; (ii) la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, estudiada en los fundamentos del fallo, implica la adecuada provisión de recursos para el ejercicio de los derechos, y la garantía de la integridad y autonomía de las

comunidades indígenas; (iii) el artículo 2 del Decreto 4331 de 2005 dispone que son funciones de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, entre otras, las siguientes: “1. Apoyar al Gobierno Nacional en la formulación de las políticas orientadas al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural.|| 6. Apoyar al Gobierno Nacional y a las entidades privadas en los programas de capacitación sobre diversidad étnica y cultural, la gestión pública y en general aquellos temas de interés relacionados con los grupos étnicos.|| 8. Coordinar las acciones con las distintas entidades públicas, privadas y extranjeras, en desarrollo de programas indigenistas y prestar el apoyo al desarrollo autogestionario de dichas comunidades.|| 9. Promover acciones tanto de parte del Ministerio, como de las demás entidades del Estado para que los grupos étnicos del país sean atendidos debidamente por los programas de acción del Gobierno Nacional y tenidos en cuenta en los presupuestos de las diferentes dependencias que guarden relación con estos programas.|| 10. Impulsar mecanismos para la implementación de los asuntos étnicos en los procesos de descentralización y atención en el ámbito regional y local”. (iv) en cuanto al Consejo Superior de la Judicatura, su Sala Administrativa posee amplias funciones para mejorar el ejercicio de las funciones judiciales, especialmente, de conformidad con el artículo 85 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia; (v) no corresponde a esta Sala ordenar en este caso la destinación de recursos al Tribunal Superior Indígena del Tolima por parte de alguna autoridad nacional, ni suplantar al movimiento indígena en la defensa de las autoridades que las comunidades han decidido instituir, y de los demás derechos derivados de la autonomía, sin embargo, una recomendación como ésta solo tiene por efecto contribuir al diálogo entre los diferentes actores indígenas y del orden nacional para el adecuado funcionamiento de la Jurisdicción Especial Indígena.

72 “Art. 1.- La comunidad de Chenche Buenos Aires Tradicional es una parcialidad indígena asentada en el centro del municipio de Coyaima Tolima, al margen izquierdo de la carretera Castilla - Coyaima.

Art. 2.- La parcialidad de Chenche Buenos Aires Tradicional se ha constituido para la recuperación de valores indígenas y el desarrollo colectivo de sus integrantes, bajo los principios de Unidad, Tierra y Cultura.

Art. 3.- Se respetarán los valores y funciones de trabajos comunitarios teniendo en

cuenta los derechos y fundamentales de la persona. La convivencia colectiva prima sobre el interés particular.

Art. 4.- La soberanía reside en la Asamblea General de la Comunidad y la representación de la autoridad será ejercida por el cabildo, de acuerdo a las normas establecidas en este reglamento.

Art. 5.- La aplicación del reglamento respetará los principios de equidad e igualdad. Ninguna familia o individuo podrá ser discriminado o recibir un trato mejor o desfavorable a otra.

73 Art. 6. Obligaciones [de los miembros de la comunidad]:

b) Asistir a todas las reuniones ordinarias y extraordinarias citadas por el cabildo.

c) Respetar la hora de llegada y salida de las reuniones ordinarias y extraordinarias citadas por el cabildo.

k) Acatar el Reglamento Interno y resolver conflicto (sic) a través de la asamblea general y el cabildo.

a) El derecho a opinar y ser escuchado y respetado su aporte.

b) El derecho a discutir en la asamblea, los programas y planes que se proponga desarrollar la comunidad.

c) El respeto de los bienes tanto particulares como colectivos.

d) El respeto a la honra y buen nombre de cada uno de los miembros de la comunidad.

75 "Art. 8.- Se consideran miembros activos de la comunidad los inscritos en el padrón o censo elaborado por el cabildo, cada año al iniciar su período. || Artículo 9.- La asamblea general la constituye todo miembro de la parcialidad mayor de 18 años, con voz y voto. || Artículo 10.- Asistirán con voz los restantes miembros; || Artículo 11.- Serán funciones de la asamblea las siguientes: a) Elegir y revocar los miembros del cabildo. || b) Aprobar los planes de inversión, programas, asignaciones de pancogeres y el reglamento interno. || c) Pedir cuentas al cabildo en todo tiempo y sancionar a sus miembros en caso de faltas.

Prima del debido proceso. || d) Proponer programas, proyectos y acuerdos para el desarrollo de la comunidad. || e) La asamblea se reunirá ordianariamente cada ocho días y extraordinariamente cuando el cabildo considere necesario. || f) La asamblea podrá autorizar la constitución de comisiones para los fines determinados por ella. || g) Cualquier acto de revocatoria por parte de la asamblea requiere de la aprobación del 70% de sus miembros activos. || Tendrá efectos aprobatorios las decisiones tomadas por las tres cuartas partes del Quórum”.

76 Para determinar la relevancia de esta consideración en la solución del problema que estudia la Sala Tercera de Revisión es importante mencionar que, si bien el problema del reparto de recursos fue secundario en esa sentencia, el razonamiento recién expuesto fue central para su solución. Es decir, se trata de la ratio para la resolución de un problema secundario, y no de un dicho al pasar de la sentencia.

77 Al respecto, ver Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, artículo 22.

78 La Sala no asume la posición según la cual esos dineros deben destinarse exclusivamente para planes que se adelanten al interior del resguardo, pues de esa forma podrían parecer vedadas otras formas legítimas de manejar los recursos; v. gr. el envío de miembros de la comunidad a otros ámbitos territoriales por motivos de intercambio cultural.