Sentencia T-552/03

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA DE AUTORIDAD INDIGENA

COMUNIDAD INDIGENA-Protección derechos fundamentales de sus miembros

COMUNIDAD INDIGENA-Autonomía política y jurídica

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Límites/PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reconocimiento constitucional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional por vía de hecho judicial

JURISDICCION INDIGENA-Reconocimiento constitucional

JURISDICCION INDIGENA-Elementos

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.". Además de los anteriores elementos, señala la Sala, es necesario tener en cuenta el presupuesto antropológico que se encuentra en el punto de partida. La jurisdicción especial se establece por la Constitución en beneficio de los pueblos indígenas con el propósito de proteger su identidad. Esto es, para que proceda la jurisdicción indígena es necesario establecer, en primer lugar, que se está frente a una comunidad indígena.

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Alcance

COMUNIDAD INDIGENA-Criterio formal

Existe, en primer lugar, una dimensión formal. A ella pertenece el reconocimiento oficial de los resguardos (territorio) y de las autoridades (el cabildo y otras autoridades tradicionales).

COMUNIDAD INDIGENA-Criterio material

Hay un segundo criterio, de carácter material, que define tanto la existencia de una comunidad indígena, conforme a definición que debe tomarse de distintas fuentes, como la pertenencia o no a la misma de determinados individuos.

JURISDICCION INDIGENA-Condiciones de procedencia

Para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. A los elementos ya reseñados de la Jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley.

JURISDICCION INDIGENA-Vocación de reafirmación de la comunidad

Para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales. La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad.

JURISDICCION INDIGENA-Dimensiones

MAXIMIZACION AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza/MINIMIZACION RESTRICCION AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza

COMUNIDAD INDIGENA-Límites a la autonomía

JUZGAMIENTO DE INDIGENAS-Competencia

COMUNIDAD INDIGENA-Determinación del grado de autonomía

FUERO INDIGENA-Alcance/FUERO INDIGENA-Elementos

JURISDICCION INDIGENA Y SISTEMA JUDICIAL-Ley de coordinación

La Constitución dispone que corresponde a la ley establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional. Sin embargo, la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación.

AUTORIDAD INDIGENA-Reclamación del ejercicio de la jurisdicción

Las autoridades indígenas pueden reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. La Corte, ha expresado, de manera categórica, que esta flexibilidad a la hora de determinar la autoridad competente para llevar a cabo el juzgamiento, no puede tenerse como un puerta hacia la impunidad que permita que una persona se acoja alternativamente a uno o a otro ordenamiento.

JURISDICCION INDIGENA-Aplicación en conflictos interculturales

Otra materia que debe ser objeto de definición es la relativa a la aplicación de la jurisdicción indígena en el evento de conflictos de naturaleza intercultural, o que, en cualquier caso, se desenvuelvan por fuera de alguno o algunos de los elementos que se han identificado como determinantes de la procedencia de esa jurisdicción especial. Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si,

por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desenvuelto por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional.

JURISDICCION INDIGENA-Aplicación en conflictos internos de las comunidades

Si existe una doctrina constitucional consolidada es en torno a la procedencia de la jurisdicción indígena en los conflictos que se suscitan en torno asuntos que puedan catalogarse como puramente internos de las respectivas comunidades, porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN JURISDICCION INDIGENA-Alcance

PARTE CIVIL EN PROCESO PENAL-Derecho a saber la verdad y a que se haga justicia

CONFLICTO DE COMPETENCIA EN TUTELA-Jurisdicción indígena y ordinaria/CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Otorgó conocimiento de asuntos indígenas a la jurisdicción ordinaria

VIA DE HECHO-Incorrecta aplicación de la ley

Esa decisión constituye una vía de hecho, por incorrecta aplicación de la Ley. Para justificar su determinación, el Consejo Superior de la Judicatura argumentó que la comunidad indígena carecía de normas tradicionales que definieran como ilícita la conducta, así como de normas de procedimiento para juzgar a los responsables y de normas que fijaran la sanción aplicable. Del hecho de que la comunidad no pueda presentar antecedentes recientes sobre el ejercicio de la jurisdicción en asuntos tales como el homicidio, aparte de que no fue una consideración expresa del Consejo, no puede derivarse la conclusión acerca de la incapacidad de la comunidad para adelantar el juzgamiento conforme a su ordenamiento tradicional, porque, por un lado, la inserción de la comunidad en la cultura y en el ordenamiento nacionales, implicaba, necesariamente, que antes de 1991, las autoridades indígenas estaban en la obligación de remitir tales asuntos a la jurisdicción ordinaria, de manera que no cabe exigir, como presupuesto para el reconocimiento de la jurisdicción, que la comunidad acreditase la existencia de antecedentes que habrían resultado contrarios al ordenamiento constitucional

y legal previo a la Constitución de 1991. Por otro lado, esa inhibición en el ejercicio de la jurisdicción, no puede tomarse como indicio de la ausencia de capacidad para ejercerla, sin un estudio antropológico que demostrase ese aserto.

VIA DE HECHO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD-Aplicación errónea por el Consejo Superior de la Judicatura

La decisión del Consejo Superior de la judicatura constituye una vía de hecho, porque aplicó de manera equivocada el principio de legalidad al valorar la pretensión de las autoridades del Cabildo de ejercer la jurisdicción especial indígena y porque, sin soporte en un estudio científico, se descartó la capacidad de esa comunidad para asumir, a través de sus autoridades, el juzgamiento de uno de sus integrantes en un conflicto de naturaleza penal y de caracteres típicamente internos, sin tener en cuenta el cambio de paradigma que sobre esta materias se operó en 1991. Observa la Sala que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura conforme a la cual se resolvió a favor de la justicia ordinaria el conflicto que se la había planteado, no solo se fundamentó en una premisa jurídicamente equivocada, sino que, además, se sustentó en consideraciones de hecho que no contaban con soporte en el proceso penal y que resultarían contrarias a las conclusiones del estudio antropológico que se allegó al proceso de tutela.

JURISDICCION INDIGENA-Aplicación a indígena sindicado en proceso penal

Los estudios antropológicos aportados en sede de tutela, así como la posterior decisión del propio Consejo de Superior de la Judicatura en un caso similar, permiten concluir que la comunidad indígena, de la etnia Yanacona está en capacidad de ejercer la jurisdicción especial indígena, que tiene, por consiguiente, derecho a ejercerla y que el indígena sindicado en el proceso penal está amparado por el fuero indígena.

Referencia: expediente T-506199

Acción de tutela instaurada por Ever Quinayás Omen y otro contra el Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D. C., diez (10) de julio de dos mil tres (2003).

I. ANTECEDENTES

Por Auto de febrero 1 de 2002, la Sala Quinta de Revisión de Tutela decidió abstenerse de efectuar la revisión de fondo de los fallos proferidos por la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán y por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela de la referencia, por existir en el proceso una nulidad saneable derivada de falta de notificación a un tercero con interés legítimo. Saneado el vicio por inactividad de quien estaba habilitado para alegarlo, el expediente regresó a la Sala de Revisión. Al constatar que hacía falta uno de los cuadernos que integran el expediente, la Sala suspendió términos mientras se lograba la restitución del mismo. Para el efecto, por Secretaría de la Corte, después de diversas diligencias, se obtuvo que por el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, Cauca, se remitiese el cuaderno de copias del proceso penal que se adelanta en contra de Iván Majín Quinayas por los delitos de homicidio y de porte ilegal de armas de fuego, y la Sala reasumió el trámite de revisión de la tutela.

1. La solicitud

A través de apoderado, el Gobernador del Resguardo Indígena de Caquiona (de la etnia Yanacona), del municipio de Almaguer, Cauca, instauró acción de tutela en contra la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por una presunta violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al juez natural, a la igualdad y a la diversidad étnica y cultural, cuando al dirimir un conflicto de competencias en el proceso que se sigue contra IVAN MAJIN QUINAYAS por los delitos de porte ilegal de armas y homicidio en la persona de ALVARO QUINAYAS QUINAYAS, se resolvió a favor de la justicia ordinaria y en contra de la jurisdicción indígena.

Después de desatarse por la Corte Constitucional el conflicto de competencias que se suscitó en torno al conocimiento de la acción, la tutela fue decidida en primera instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto del 27 de septiembre de 2000, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Popayán admitió la acción de tutela y ordenó la notificación de la misma a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Así mismo, la Sala Penal del Tribunal, mediante Auto de septiembre 28 de 2000, dispuso que se notificase de la acción al Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, quien venía adelantando en fase de juzgamiento el proceso objeto de la tutela.

De conformidad con lo resuelto en el Auto de febrero 1 de 2002 de esta Sala de Revisión, la presente acción de tutela se puso en conocimiento de quien había obrado como parte civil en el proceso penal que se sigue contra Iván Majín Quinayas, para que si lo consideraba del caso plantease la nulidad que se había observado.

Mediante auto de 29 de mayo de 2002, la Sala Penal del Tribunal Superior de Popayán declaró saneada la nulidad debido a que los terceros llamados a alegarla, advertidos de la existencia de la misma, se abstuvieron de hacerlo.

3. Oposición a la demanda

4. Los hechos

El 1 de enero de 1999, en la población de Caquiona, municipio de Almaguer (Cauca), en hecho materia de investigación, IVAN MAJIN QUINAYAS dio muerte con arma de fuego a ALVARO QUINAYAS QUINAYAS.

Habiéndose presentado voluntariamente Iván Majín Quinayás para responder por los anteriores hechos, la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar inició formal investigación penal en su contra, por los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Dentro del proceso penal, el 9 de junio de 1999, obrando mediante apoderado, el padre del víctima, Heliodoro Quinayás Quinayás, se constituyó como parte civil.

El Gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Caquiona, reclamó para la comunidad indígena y ante la Fiscalía Delegada de Bolívar la competencia para investigar y juzgar a Iván Majín Quinayás como presunto responsable por la muerte de Alvaro Quinayás Quinayás.

La Dirección General de Asuntos Indígenas planteó ante la Fiscalía la misma solicitud.

A la pretensión del Cabildo y de la Dirección General de Asuntos Indígenas se opuso el apoderado de la parte civil.

Igual oposición presentaron, separadamente, el padre y un hermano de la víctima.

La Fiscalía Delegada no accedió a la solicitud del Gobernador del Cabildo Indígena y en consecuencia remitió la actuación a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que dirimiera el conflicto positivo de competencias suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la especial indígena.

La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de 28 de octubre de 1999 dirimió la colisión de competencias suscitada entre la jurisdicción ordinaria, representada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar y la Jurisdicción indígena del Cabildo y resguardo de Caquiona, declarando que corresponde a la primera seguir conociendo del proceso adelantado contra Iván Majín Quinayás, sindicado de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

El Consejo Superior de la Judicatura fundamentó su decisión en las siguientes consideraciones:

.- El Gobernador del Cabildo Indígena del resguardo Caquiona (Cauca), había solicitado al Fiscal que adelantaba el proceso penal que dio lugar al conflicto de jurisdicciones, que pusiese a su disposición al sindicado, por cuanto consideraba que de acuerdo con la Constitución, correspondía a la jurisdicción indígena su juzgamiento. Señaló al efecto el Cabildo, que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, no se requiere que en las respectivas comunidades indígenas existan códigos escritos que contengan las distintas conductas punibles, y que "[e]n el resguardo Caquiona desde hace varios años venimos trabajando para recobrar la autonomía comunitaria y étnica y poco a poco hemos avanzados (sic) hacia ella mediante la realización continua de asambleas y la convocatoria a la prestación del Servicio Comunitario de Guardia Cívica, nos da la suficiente posibilidad y capacidad para realizar un trabajo en serio sobre el ejercicio de nuestra justicia y que la podemos iniciar con un caso en especial como el del señor Majin."

.- Por su parte, la Fiscalía 1ª Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar, con sede en Almaguer, Cauca, había negado la solicitud del Cabildo, por cuanto consideró que para que procediera la remisión a la jurisdicción indígena no bastaba con acreditar la condición de indígenas del sindicado y de la víctima, y el hecho de haberse cometido la conducta en territorio del resguardo, sino que era necesario, además, que exista en la comunidad una normatividad acorde con sus usos y costumbres, conforme a la cual se pueda juzgar la conducta, circunstancia que, de acuerdo con su valoración de las pruebas recaudadas, no se da en este caso.

.- En ausencia de la ley que de acuerdo con la Constitución debe establecer las formas de coordinación de la jurisdicción ordinaria y la especial que ejerzan las autoridades indígenas, "… corresponde a la jurisprudencia tutelar de la Corte Constitucional y a la dirimente del Consejo Superior de la Judicatura, puntualizarlas …" conforme a las pautas que al efecto se han sentado por la Corte Constitucional.

.- De acuerdo con los criterios que en diversas providencias se han desarrollado por la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, para determinar la competencia de la Jurisdicción especial indígena en un caso concreto se han identificado los siguientes factores principales:

a. Existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto, debidamente constituida y reconocida;

b. Pertenencia al grupo indígena de que se trate de la persona a quien se le imputa el delito investigado;

c. El lugar de ocurrencia del hecho: que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena;

d. El elemento de carácter objetivo: que el sujeto pasivo o el objeto material de la conducta, pertenezca a la comunidad indígena.

Señaló el Consejo que, adicionalmente, la Corte Constitucional, en Sentencia T-496 de 1996 señaló que "… del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el

derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo".

El Consejo transcribió apartes de la precitada Sentencia de la Corte conforme a los cuales para dirimir el conflicto de jurisdicciones es necesario valorar la situación del individuo frente a dos ordenamientos, el nacional y el indígena.

A partir de la aplicación de los anteriores criterios al caso concreto el Consejo Superior de la Judicatura concluyó que la colisión positiva de competencias que se le había planteado debía resolverse a favor de la jurisdicción ordinaria, por cuanto se pudo observar que el Cabildo que reclama la jurisdicción no tiene unas normas que describan como ilícita la conducta que se le imputa al sindicado, ni tiene previsto un procedimiento para la investigación de los hechos y para el juzgamiento de los autores, ni definidas las penas que cabría aplicarles. Por tal razón no es posible determinar, señala el Consejo, si el ordenamiento indígena que resultaría aplicable es contrario o no a la Constitución, a diferentes normas internacionales y a la ley penal.

5. Fundamento de la acción.

Manifiesta el accionante que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura constituye una vía de hecho que desconoce los derechos de la comunidad Caquiona a su autonomía, a la diversidad étnica y cultural y al ejercicio de su propia jurisdicción sobre los asuntos que conciernan a sus miembros y se desarrollen en su territorio.

Expresa que, igualmente, desconoce el derecho del sindicado al debido proceso, asociado al principio de la diversidad étnica y cultural, a la igualdad ante la ley y a ser juzgado por su juez natural.

Agrega que el hecho materia del proceso penal ocurrió en el territorio del resguardo, y que tanto el occiso como el sindicado son indígenas, según consta en las certificaciones que obran en el proceso.

Señala que no obstante lo anterior, el Consejo Superior de la Judicatura se negó a reconocer la jurisdicción indígena con base en consideraciones que resultan contrarias a la Constitución

y a la jurisprudencia de la Corte sobre la materia, en decisión que constituye una vía de hecho por defecto sustantivo y fáctico.

Expresa que incurre en yerro el Consejo Superior de la Judicatura cuando fundamenta su decisión en el hecho de que el Cabildo Indígena Caquiona "… no tiene normas que describan como ilícita la conducta por la que se acusó a MAJIN QUINAYAS, y consagren el procedimiento a seguir para su juzgamiento", por cuanto los usos y costumbres de los pueblos indígenas no son normas positivas, sino consuetudinarias.

Señala que la providencia del Consejo Superior desconoce que la oralidad de las actuaciones y de las pautas de control social interno es una característica fundamental de las comunidades indígenas.

De este modo, sostiene, la decisión impugnada incurre en un defecto sustantivo, por una interpretación inconstitucional del derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena, y en un defecto fáctico, pues no se practicó una prueba antropológica, indispensable para determinar si en la comunidad Yanacona del Resguardo Indígena de Caquiona existen o no procedimientos de justicia oral de acuerdo con sus tradiciones. Agrega que también se incurrió en un defecto procedimental, pues se está privando al sindicado de la garantía constitucional de ser juzgado por su juez natural, de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad indígena a la que pertenece.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Primera instancia

La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, mediante Sentencia de abril 4 de 2001, decidió "NEGAR por improcedente…" la tutela promovida por el Resguardo indígena de Caquiona contra el Consejo Superior de la Judicatura.

Para su decisión la Sala tuvo en cuenta las consideraciones que se sintetizan a continuación:

1.1. No se "… encuentra que la decisión de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de atribuirle competencia a la Fiscalía Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar para investigar al indígena IVAN MAJIN QUINAYAS por los delitos

de homicidio y porte ilegal de armas constituya una vía de hecho, porque dicha Colegiatura llegó a esa conclusión dentro del marco de su competencia constitucional y con respaldo en un estudio serio de la situación fáctica que informaba el asunto, de la normatividad constitucional y legal aplicable al mismo y de los precedentes constitucionales referenciados en la decisión."

1.2. Del examen del asunto surge una clara disparidad de criterio entre el accionante y la corporación cuestionada en torno al contenido y el alcance de la jurisdicción especial indígena, pero no se encuentra probado ningún defecto fáctico, orgánico o procedimental que permita atribuirle a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura una vía de hecho violatoria de los derechos constitucionales invocados en la demanda de tutela.

2. Impugnación.

El accionante, obrando mediante apoderado, impugnó el anterior fallo con base en las siguientes consideraciones:

La providencia del Tribunal se refiere únicamente a los aspectos formales de la actuación del Consejo Superior de la Judicatura, pero no se examinó la vulneración de los derechos fundamentales, ni la interpretación de los mismos se hizo a la luz de los tratados internacionales como lo exige la Constitución.

Para fallar la tutela no se hicieron las consideraciones jurídico – antropológico – culturales que el asunto requiere.

No se presentaba ninguna de las causales de improcedencia de la acción previstas en el Decreto 2591 de 1991.

La providencia impugnada no resolvió los interrogantes que se generan con las decisiones conforme a las cuales el cabildo indígena no tiene normas que describan la conducta atribuida al procesado, ni procedimientos para juzgar a sus comuneros, asuntos cuya definición era imprescindible para establecer la jurisdicción aplicable.

El propio Consejo Superior de la Judicatura, en providencia reciente sobre un caso muy similar, homicidio en la comunidad Caquiona, resolvió a favor de la jurisdicción indígena.

3. Segunda instancia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia realizó las siguientes precisiones:

3.1. Las autoridades del Cabildo indígena carecen de personería para representar los intereses del sindicado Iván Majín Quinayás, puesto que no se encuentran en ninguno de los supuestos de legitimación previstos en la ley para la interposición de la acción de tutela a favor de un tercero.

3.2. En tal virtud, la acción de tutela debió rechazarse en cuanto a las reclamaciones que se refiriesen a la violación de derechos personales del señor Iván Majín Quinayás, tales como el derecho al debido proceso, al juez natural, o a la igualdad.

3.3. Por las anteriores consideraciones "… la actuación realizada en esta acción por el Tribunal de Popayán, Sala Penal, únicamente es válida en lo atinente a la protección de la diversidad étnica y cultural de los comuneros del Resguardo Indígena de Caquiona, radicados en el municipio de Almaguer, departamento del Cauca, para lo cual sí tenían legitimidad e interés jurídico los poderdantes."

3.4. No obstante lo anterior, no cabe entrar a un pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de los tutelantes, por cuanto para que proceda la acción de tutela frente a una providencia judicial se requiere que la misma constituya una vía de hecho, lo cual no ocurre con la providencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. No le es dado al juez de tutela "… inmiscuirse en la interpretación probatoria y de la ley que razonadamente efectuó la Sala Disciplinaria accionada…".

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

La tutela se interpuso, mediante apoderado judicial, por el Cabildo y el Resguardo Indígena de Caquiona, Municipio de Almaguer, Departamento del Cauca, para la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena y del sindicado en el proceso penal.

El apoderado obraba según poder que le fuera conferido conjuntamente por Evert Quinayas Omen, en su calidad de Gobernador Principal del Resguardo Indígena de Caquiona y Tirso Chinganá, Gobernador Suplente del mismo resguardo.

De acuerdo con la certificación expedida por el Jefe de la Comisión de Asuntos Indígenas del Cauca del Ministerio del Interior (Fl. 217 cuaderno del Tribunal) se tiene que:

El Resguardo Indígena Caquiona, ubicado en el municipio de Almaguer, Departamento del Cauca, es de origen colonial y tiene existencia legal, de conformidad con el título protocolizado en la Notaría Unica de Almaguer el 1 de octubre de 1940, bajo escritura pública No. 119.

El Resguardo de Caquiona, de la etnia indígena Yanacona, siempre ha tenido como autoridad propia el Cabildo Indígena, el cual ha ejercido y ejerce funciones administrativas, jurisdiccionales, de gestión y de control social interno, entre otras.

Para la fecha de la certificación, septiembre 29 de 2000, se desempeñaban como Gobernador Evert Quinayás Omen y Como Vicegobernador (Gobernador suplente) Tirso Chinganá.

Por otro lado, se tiene que las autoridades del Cabildo tienen personería, de acuerdo con sus funciones, para promover en sede de tutela los derechos de la comunidad indígena.

En cuanto tiene que ver con la solicitud de protección de los derechos del sindicado en el proceso penal, debe tenerse en cuenta que el apoderado de las autoridades indígenas expresó que interponía la tutela en beneficio del resguardo y para la protección de los derechos del sindicado (Páginas 25 y 26 de la demanda), y que éste, que pertenece a la étnia Yanacona, en comunicación escrita dirigida al Gobernador del Cabildo, (Folios 52 y 53 del cuaderno del Tribunal) le había instado para que interpusiera la acción de tutela con ese propósito. A ese respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la Sentencia de segunda instancia, expresó que en la medida en que el sindicado era persona capaz y que la

autoridad indígena no tenía facultades para representarlo, ésta carecía de legitimación para actuar en nombre de aquel. Sin embargo, estima esta Sala que, de aceptarse la tesis esgrimida por la Sala Penal de la Corte Suprema, lo procedente no habría sido, como se hizo, limitar el radio de acción de la tutela a la discusión de los derechos que se predicasen exclusivamente del resguardo indígena como tal, puesto que el pronunciamiento que en ese escenario se hiciese por el juez de tutela, necesariamente, comportaría consecuencias, favorables o desfavorables, desde la perspectiva de los intereses procesales del sindicado y de los derechos fundamentales a ellos vinculados. Por consiguiente, si se consideraba que el sindicado no estaba debidamente representado, debió declarase la nulidad de lo actuado por falta de notificación a un tercero con interés legítimo.

Sin embargo esta Corporación ha expresado que las autoridades indígenas están habilitadas para acudir a través de la acción de tutela en defensa, no sólo de derechos propios de la comunidad o del Resguardo como tal, sino también de los de sus integrantes, supuesta, claro está la aquiescencia del interesado.1

En el presente caso el sindicado se dirigió por escrito al Gobernador del Cabildo para solicitar que iniciara el trámite de la tutela, luego la acción que en su nombre se inició por el apoderado del Cabildo puede entenderse legitimada, y la Sala, supuestas las demás condiciones de procedibilidad de la acción, se pronunciará sobre la totalidad de las solicitudes de amparo contenidas en la demanda.

2.2. Legitimación pasiva

La acción se interpuso frente a la actuación de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, autoridad pública de carácter judicial, cuyas decisiones, según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, pueden ser controvertidas en sede de tutela cuando constituyan vías de hecho.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados.

Los peticionarios solicitan la protección de los derechos constitucionales fundamentales a la diversidad étnica y cultural, de la comunidad indígena, así como el derecho de sus autoridades de ejercer funciones jurisdiccionales. Del mismo modo se estiman violados los derechos al debido proceso y al juez natural del sindicado en el proceso penal, el indígena

Iván Majín Quinayas, así como su derecho a la igualdad frente a otros indígenas que, en similares circunstancias, son juzgados por sus propias comunidades.

Sobre el carácter de fundamentales que tienen los mencionados derechos de las comunidades indígenas la Corte ha señalado que: "… que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales." 2 Y en ese sentido ha precisado que "[e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural."3

Ha manifestado la Corte que "… los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación (C.P., artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.4

Ha señalado la Corte que los anteriores derechos se desenvuelven dentro de un ámbito especial de autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, dentro del cual éstas tienen la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus usos y costumbres, siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la ley (C.P., artículos 246 y 330).

Sobre el alcance de estos derechos y de las instituciones constitucionales orientadas a garantizarlos la Corte, en la Sentencia SU-510 de 1998 manifestó:

"48. La Corte ha entendido que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales antes mencionados, se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que, mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la

convivencia pacífica entre las naciones.5 Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todos 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 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).6

En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional."

2.4. Existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales.

Contra la Sentencia mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto de competencias que da lugar a la presente acción de tutela, no cabe recurso alguno, razón por la cual la parte que se sienta lesionada en sus derechos fundamentales como consecuencia de la misma, carece de medio de defensa judicial alternativo.

2.5. La acción de tutela contra providencias judiciales.

En reiteradas oportunidades la Corte ha señalado que no obstante que, en principio, la acción de tutela no cabe frente a sentencias judiciales, la misma si procede cuando, bajo la apariencia de una providencia judicial, se esconde una vía de hecho.

Los accionantes han planteado que en la providencia del Consejo Superior de la Judicatura existe un defecto sustantivo, por indebida aplicación o interpretación errónea de la ley, en cuanto parece exigir que para que proceda la jurisdicción indígena se requiere acreditar la existencia de normas sustantivas y procedimentales escritas; y un defecto fáctico, en la medida en que da por probados, sin estarlo, unos hechos, sin enunciar el soporte de su juicio y sin indagar sobre si la ausencia de documento escrito implica la ausencia de normas y de procedimientos tradicionales.

Constatar si en el presente caso si están presentes o no los vicios señalados por los accionantes, implica que, previa consideración de todas las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, la Sala se adentre en el examen de fondo de la solicitud de amparo.

3. La materia sujeta a examen

En la tutela que es objeto de consideración por la Sala, es necesario establecer si la Sentencia del Consejo Superior de la Judicatura por medio de la cual se resolvió a favor de la jurisdicción ordinaria el conflicto de competencias que habían suscitado las autoridades del Cabildo Indígena de Caquiona en el proceso que por homicidio y porte ilegal de armas se adelanta contra Iván Majin Quinayas, constituye una vía de hecho por defecto sustantivo, porque desconoce el alcance que, tanto para la comunidad indígena como para el indígena sindicado, tiene el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, y por defecto fáctico, en la medida en que se sustenta en una consideración de hecho – la ausencia de normas sustantivas y procesales conforme a las cuales la Comunidad Indígena de Caquiona podría juzgar a uno de sus integrantes por las conductas de homicidio y porte ilegal de armas- que no se encontraría acreditada en el proceso.

En ese contexto, la decisión de la que se afirma constituye una vía de hecho sería violatoria de los derechos de la comunidad indígena de Caquiona a la diversidad étnica y cultural y al ejercicio de la jurisdicción en su territorio, derechos que, como se ha dicho, conforme a la jurisprudencia de la Corte, tienen el carácter de fundamentales para las comunidades indígenas, así como de los derechos del sindicado Iván Majin Quinayas al juez natural, al debido proceso y a la igualdad.

4. Consideraciones de la Sala

4.1. La Jurisdicción indígena

La Constitución de 1991 estableció como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículo 7). La Corte Constitucional, de manera reiterada, ha señalado que esta clara opción del constituyente, tiene proyecciones sobre la totalidad del ordenamiento jurídico y exige de todas las autoridades públicas una actuación que resulte acorde con la necesidad de promover las condiciones que permitan que ese principio tenga cabal aplicación. La propia

Constitución contiene desarrollos y especificaciones de ese principio general. Así, en el artículo 70, se reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país y que son base de la nacionalidad; en el artículo 10, se dispone que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos tienen, también, carácter oficial en sus propios territorios; en el artículo 286 se establece el carácter de entidades territoriales de los territorios indígenas, con las consecuencias que ello implica a la luz del artículo 287 y dentro de las condiciones y previsiones especiales contenidas en los artículos 329 y 330, que comprenden, entre otras la calidad de propiedad colectiva y no enajenable de los resguardos, garantía que, con mayor amplitud, está prevista también en el artículo 63, y el derecho de las comunidades indígenas a gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres; en los artículos 171 y 176 se consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores por las comunidades indígenas y se establece la posibilidad de que la ley la establezca para la elección de representantes a la Cámara por los grupos étnicos.

Dentro de esos desarrollos constitucionales cabe destacar el establecimiento de una jurisdicción especial indígena, por virtud de la cual las comunidades indígenas quedan habilitadas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a la ley.

Así, en el artículo 246 de la Constitución, se establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

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

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, "[e]l 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." 8

De este modo, el reconocimiento de la jurisdicción indígena es un desarrollo del principio de diversidad étnica y cultural consagrado en la Carta, aspecto sobre el cual la Corte en la Sentencia T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Diaz, expresó:

" (…) el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural que se consagra en el artículo séptimo del Estatuto Superior, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

"Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una "etnia" deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

'(…) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.' 9

"La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de "cultura". Este término hace relación básicamente al "conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (…) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana."10 En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos." 11

En la Sentencia T-188 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte, para circunscribir el alcance de la protección de la diversidad étnica y cultural aplicable a las comunidades indígenas se apoyó en la definición contenida en el artículo segundo del Decreto 2001 de 1998, conforme al cual tales comunidades son "… los conjuntos de familias de ascendencia

amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales". El Decreto 2164 de 1995, relativo al régimen de resguardos, para los efectos allí previstos, definió las comunidades indígenas como: "… el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que las distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes."

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y las distintas normas que desarrollan ese principio en favor de los pueblos indígenas y las comunidades étnicas comportan, en muchos casos, el establecimiento de unos derechos especiales en función de la pertenencia a un grupo determinado. Los derechos para el grupo y para los individuos que lo conforman sólo surgen a partir de la objetiva identificación del grupo con base en el elemento diferenciador previsto en la Constitución, en este caso el origen étnico.

Establecido el conjunto de derechos que, en abstracto, se derivan, como derechos especiales de grupo, para las comunidades indígenas, es necesario determinar los criterios que permiten adscribir esos derechos a un determinado grupo, y a los individuos que lo conforman.

Existe, en primer lugar, una dimensión formal. A ella pertenece el reconocimiento oficial de los resguardos (territorio) y de las autoridades (el cabildo y otras autoridades tradicionales).

Cabe preguntar, entonces, si ese criterio formal es, en primer lugar, suficiente, y en segundo lugar, necesario, a efectos de adscribir los derechos, y en particular definir la jurisdicción indígena.

Para responder esa pregunta debe tenerse en cuenta que hay un segundo criterio, de carácter material, que define tanto la existencia de una comunidad indígena, conforme a definición que debe tomarse de distintas fuentes, como la pertenencia o no a la misma de determinados individuos.

Para muchos de los derechos especiales que se derivan de la pertenencia a un grupo étnico, esta segunda aproximación es necesaria y suficiente. Así, basta con acreditar, mediante estudios antropológicos o etnológicos, que un individuo pertenece a una comunidad indígena, para que se manifiesten respecto de él distintos aspectos protectores del principio de diversidad étnica y cultural.

Pero tratándose de la jurisdicción indígena, cabe un análisis especial, porque de la propia Carta parecería derivarse la necesidad de acreditar ciertas condiciones formales, en la medida en que, como presupuesto para la procedencia de la jurisdicción indígena, está la existencia de unas autoridades tradicionales y la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad. Así, por ejemplo, en materia penal, no bastaría con acreditar la condición de indígena de un sindicado para que quede amparado por el fuero derivado de la jurisdicción indígena, sino que habría que establecer, además, la existencia de una autoridad tradicional competente para adelantar el juzgamiento.

Aún así, cabe matizar este presupuesto formal, porque puede acreditarse la existencia de un autoridad que ejerza funciones tradicionales en un ámbito territorial determinado, que no haya sido, sin embargo, oficialmente reconocida. Se trata, entonces, de un presupuesto que debe valorarse en cada caso concreto, para determinar en qué medida resulta necesario el reconocimiento oficial de la comunidad, de sus autoridades y de su ámbito territorial, y en que medida cabe reconocer la jurisdicción indígena a partir de la verificación meramente fáctica de esas condiciones.

Lo anterior sin embargo, no sería suficiente, por cuanto se requiere, además, establecer la capacidad de esas autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción conforme a usos tradicionales. Esto es, puede existir un reconocimiento formal de resguardo y cabildo, pero no darse materialmente los supuestos de la jurisdicción, por carencia de normas y prácticas específicas de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones.

Conforme a la Constitución, a los elementos ya reseñados de la Jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley.

Estas dos últimas condiciones plantean un específico problema de interpretación en orden a determinar la aplicación de la jurisdicción indígena en una situación determinada, por cuanto la consideración de las mismas puede hacerse ex ante, como un requisito de procedibilidad de la jurisdicción especial, o ex post, como condiciones que gobiernen el ejercicio de la misma.

En cualquier caso resulta claro que la consagración constitucional de la jurisdicción especial para los pueblos indígenas comporta el reconocimiento de un cierto poder legislativo para esas comunidades, por virtud del cual sus usos y prácticas tradicionales desplazan a la legislación nacional en cuanto a la definición de la competencia orgánica, de las normas sustantivas aplicables y de los procedimientos de juzgamiento.

Una primera aproximación parecería conducir a la conclusión de que para que proceda la jurisdicción indígena es necesario que previamente se acredite la vigencia de ese orden jurídico tradicional alternativo, lo cual sería particularmente evidente en materias penales, en razón de los imperativos derivados del principio de legalidad.

Dos circunstancias, sin embargo, militarían a favor de la tesis contraria, esto es en pro del criterio conforme al cual la valoración en torno al orden jurídico tradicional no constituye un presupuesto para el reconocimiento de la competencia jurisdiccional de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, sino que sería susceptible, eventualmente, de un control posterior, orientado a garantizar las garantías mínimas que del ordenamiento constitucional se derivan para todos los habitantes del territorio del Estado.

Por un lado, debe tenerse en cuenta la oralidad que caracteriza los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas. Tal característica exige una reconceptualización del principio de legalidad y, ciertamente, excluye la posibilidad de que como condición para el reconocimiento de la jurisdicción se exija presentar compilaciones de normas escritas en materias sustantivas o procedimentales, e, incluso, precedentes, también escritos, en materias como las que suscita el reclamo de jurisdicción.

Por otro lado, el asunto debe examinarse a la luz del nuevo contexto y del cambio de paradigma que sobre esta materia se operó por virtud de la Constitución de 1991. Ese nuevo contexto, guiado por el principio fundamental del respeto y de la protección a la diversidad, se desenvuelve a partir de una tradición que había estado orientada hacia la integración y se

caracterizaba por los procesos de aculturación de las comunidades indígenas, como consecuencia de los cuales éstas, en muchos casos, en mayor o menor medida, habían venido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional.

Los principios que se pusieron en vigencia a partir de 1991 implican el reconocimiento de una etapa de transición en la cual, al amparo de las nuevas garantías constitucionales, las comunidades indígenas pueden buscar la reafirmación de su propia identidad como tales.

Por esa razón, para establecer las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena es determinante la consideración, en cada caso concreto, de la vocación de reafirmación de la comunidad, que permita descubrir su decisión de asumir el manejo de su destino, a partir de una identidad determinable, y de la posibilidad de rastrear usos y prácticas ancestrales.

La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad.

En ese contexto, resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades

indígenas.

A partir de las anteriores consideraciones, considera la Sala que, en síntesis, la jurisdicción indígena comporta:

.- Un elemento humano, que consite en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.

.- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

.- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

.- Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con particpación de las comunidades.

.- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley.

Todo lo anterior, de acuerdo con la Constitución, debe regularse por una ley, cuya ausencia ha sido suplida por la Corte Constitucional, con aplicación de los principios pro comunitas y de maximización de la autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano.

4.2. Dimensiones del derecho a la jurisdicción indígena

Tal como está consagrada en la Constitución, la jurisdicción indígena tiene dos dimensiones: Por una parte es, a la vez, un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comundades indígenas en cuyo beneficio se establece. Por otro lado, desde la perspectiva individual, y particularmente en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas.

4.2.1. La jurisdicción indígena como instrumento de protección de la diversidad

En el primer caso, la jurisdicción indígena actúa como un reconocimiento a la diversidad, y como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de la jurisdición a partir de sus usos y prácticas tradicionales, avanzan en el afianzamiento de sus autoridades internas, en el auto-reconocimiento y en la recuperación de sus espacios de expresión colectiva.

A partir de la consideración de que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, la Corte ha concluido que debe tenerse como regla de interpretación en estas materias "… 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."12

Agregó la Corte:

"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).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos."13

Ha dicho también la Corporación, que tales limitaciones están referidas a un núcleo de derechos intangibles y cuyo desconocimiento resultaría intolerable:

"Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los

pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.”14

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.”

Sobre este último particular la Corte ha precisado que la exigencia de que el juzgamiento se haga conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, “… 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.”15

Precisó la Corte que:

“Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como lo 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, así el peso de la tradición sea muy fuerte."

Por otro lado, la Corte "… ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que éstas 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."16

Agregó la Corte a este respecto que:

"50. Pese a que la Corte ha considerado "aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad", – lo cual implica que la resolución de tal conflicto deba hacerse a la luz de las particularidades de cada caso concreto, según la cultura involucrada, su grado de aislamiento o integración respecto de la sociedad mayoritaria, etc.-,17 sí ha establecido una serie de principios generales de interpretación, fundados en el ya citado axioma según el cual la diversidad étnica y cultural sólo puede ser limitada por normas fundadas en principios de mayor monta.18 Dichas reglas interpretativas son las siguientes: (1) a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía y (2) el núcleo esencial de los derechos fundamentales constitucionales constituye el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.19"20

A lo anterior debe agregarse que para la determinación del grado de reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas en orden a establecer la procedencia de la jurisdicción especial, también debe atenderse, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, al carácter interno o no de los conflictos que deban resolverse, porque el pleno despliegue del principio de protección de la diversidad, solo se produce frente a conflictos que puedan ser catalogados como internos en las respectivas comunidades, al paso que cuando se trate de conflictos interculturales, el parámetro de valoración será distinto, dependiendo de las circunstancias de cada caso.

4.2.2. La jurisdicción indígena como fuero especial

Desde la perspectiva del fuero especial para los integrantes de las comunidades indígenas, la Corte ha señalado que " … del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo."21

Agregó la Corte que "… en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.22" 23

Ha señalado la Corte que ese fuero especial implica que, dadas ciertas circunstancias, los miembros de las comunidades indígenas están sometidos a la jurisdicción especial indígena y no al sistema judicial nacional. Y que como condición inherente al debido proceso las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena.

En este sentido la Corte manifestó:

"El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de

convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al “ser” más que al “deber ser”, apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico – religiosas.

El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”24 y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”25. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el del juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución: “nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.” 26

Pero además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva.

Por otra parte, el Consejo Superior de la Judicatura, al dirimir conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, se ha referido a la naturaleza del conflicto, como un factor que puede ser determinante para la valoración que deba hacerse de los demás elementos del fuero. Así, al dirimir un conflicto que se suscitó en razón del homicidio cometido por un indígena en la persona de otro integrante de la misma etnia y dentro del territorio indígena, el Consejo enunció entre los factores determinantes de su decisión el hecho de que, en ese caso, el móvil del delito que se investigaba y la situación fáctica que había dado origen al encausamiento del indígena, llevaban a la conclusión de que se trataba de un conflicto de naturaleza interna que se había generado dentro de la propia comunidad indígena y que podía ser solucionado dentro de la comunidad por las autoridades que allí operaban.

En este sentido, la Corte Constitucional ha puntualizado que:

”… 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 (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígenas, indígenas de dos comunidades diferentes). 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.

”La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es éste segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela.

”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. 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.”27

4.2.3. Ausencia de ley de coordinación

La Constitución dispone que corresponde a la ley establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional.

La jurisprudencia ha señalado, sin embargo, que la ausencia de esa ley no es óbice para la procedencia de la jurisdicción indígena, lo que comporta que en cada caso particular en que se presenten conflictos de competencia corresponderá al juez avanzar en la superación de las dificultades que se derivan de la ausencia de criterios normativos de articulación.

Entre tales dificultades de articulación se encuentra, por ejemplo, el caracter potestativo que, en principio, tiene la jurisdicción indígena. La inserción de las comunidades indígenas en el ambiente nacional, la aceptación y acatamiento de sus patrones jurídicos, la remisión a su sistema de justicia para la solución de los conflictos internos, son circunstancias que ponen

de manifiesto que el ejercicio de la jurisdicción es una opción que la Constitución ha abierto para estas comunidades, pero que no siempre están en condiciones de asumir. Para que en cada caso proceda la jurisdicción indígena se requiere que exista una autoridad indígena con competencia territorial y personal, y que tal autoridad esté dispuesta a asumir el juzgamiento. Ello, sin embargo, plantea problemas desde la perspectiva del juez natural, porque la aplicación o no del fuero no podría quedar sometida a la voluntad de la autoridad indígena. Para el efecto, es necesario tener en cuenta, en todo caso, que el fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria capaz de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional.

Las autoridades indígenas pueden, así, reclamar el ejercicio de la jurisdicción, en la medida en que estén capacitadas para hacerlo, porque cuentan con la necesaria organización, con el reconocimiento comunitario y con capacidad de control social. Sin embargo la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización. Así, por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos si y en otros no, y surge de manera plena el fuero para lo integrantes de la comunidad conforme al cual tienen el derecho a ser juzgados por su propias autoridades, las cuales, a su vez, tienen el deber de hacerlo.

Sin embargo, en ausencia de criterios generales, pese a que resulta posible, en ciertas circunstancias imponer la jurisdicción indígena, ello debe evaluarse en cada caso, porque eventualmente un indígena podría preferir acogerse a la jurisdicción nacional, cuando acredite, por ejemplo, que la indígena no está en condiciones de garantizar el debido proceso.

Otra materia que debe ser objeto de definición es la relativa a la aplicación de la jurisdicción indígena en el evento de conflictos de naturaleza intercultural, o que, en cualquier caso, se desenvuelvan por fuera de alguno o algunos de los elementos que se han identificado como determinantes de la procedencia de esa jurisdicción especial.

Cabe preguntar así, acerca de si pueden las autoridades indígenas ejercer jurisdicción sobre

conductas realizadas en su respectivo ámbito territorial pero cuyo sujeto activo no pertenezca a la respectiva comunidad; o sobre conductas realizadas por miembros de la comunidad en detrimento de integrantes de la misma etnia, pero por fuera del territorio indígena.

Cuando se afecta a una persona ajena a la cultura cuyas autoridades se pretenden competentes sería necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias para establecer si además de la localización geográfica de la conducta, es posible referirla también al ámbito cultural, o si, por el contrario, es una actuación ilícita que se ha desenvuelto por fuera de ese ámbito y frente a la cual podrían prevalecer los derechos de la víctima a la verdad, a la reparación y a las sanción de los responsables, garantizados por el ordenamiento nacional.

En lo que si existe una doctrina constitucional consolidada es en torno a la procedencia de la jurisdicción indígena en los conflictos que se suscitan en torno asuntos que puedan catalogarse como puramente internos de las respectivas comunidades, porque tanto el agresor como la víctima pertenecen a la comunidad y la conducta se desarrolló dentro del respectivo ámbito territorial. Tal es la hipótesis que dio lugar al conflicto sobre el que versa esta providencia y a la cual se restringen sus conclusiones centrales.

Otro problema que, particularmente en materia penal, se suscita en torno a la jurisdicción indígena, tiene que ver con el principio de legalidad, que ha sido destacado por la Corte como una de aquellas garantías intangibles, cuyo respeto obedece a un consenso intercultural. Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce como predecibilidad. En principio, ello remite a la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideran ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál el tipo y el rango de las sanciones. Sin embargo, esa predecibilidad, que podríamos llamar específica, puede dar paso, en ciertos casos, a una predecibilidad genérica, en razón de la situación de transición que comporta el reciente reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas y el proceso de reafirmación de su identidad cultural que se produjo a raíz de la Constitución de 1991. De este modo la previsibilidad estaría referida a la ilicitud genérica de la conducta, la existencia de autoridades tradicionales establecidas y con capacidad de control social, un procedimiento interno para la solución de los conflictos y un

concepto genérico del contenido de reproche comunitario aplicable a la conducta y de las penas que le puedan ser atribuidas, todo lo cual debe valorarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En este caso, en el extremo, una garantía del principio de legalidad estaría, desde el punto de vista orgánico, en el juzgamiento por autoridad previamente constituida; desde la perspectiva procesal, conforme a prácticas tradicionales que garanticen el derecho de defensa, y desde la sustantiva, por la ilicitud de la conducta de acuerdo con criterios tradicionales generalmente aceptados. Adicionalmente, el principio de legalidad contaría con una garantía externa, referida a la razonabilidad y la proporcionalidad de la pena que, en el extremo, no podría resultar contraria a la garantía de los derechos fundamentales que como un mínimo común se aplican a todos los colombianos. Esta última condición exigiría una comparabilidad, de lo que en principio se ha afirmado como diverso, y plantea, desde esa perspectiva, un problema de difícil solución. Sin embargo debe analizarse dentro de los límites de lo interculturalmente tolerable. La jurisprudencia, ha aceptado, por ejemplo, el castigo corporal, que constituye práctica tradicional en ciertas comunidades, y que no es comparable en términos del ordenamiento jurídico nacional, porque obedece a patrones culturales distintos. En todo caso, el ejercicio de la jurisdicción especial debe desenvolverse con sujeción a los principios intangibles contenidos en la Constitución y la ley, cuya garantía, en el extremo, corresponde al juez constitucional.

En el otro extremo, debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción debe constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad que termine por deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba y en cuyo beneficio se reconoció.

Desde esta perspectiva, es necesario hacer notar que el debate en torno a las jurisdicciones especiales no puede ser insensible frente a los derechos las víctimas de las conductas delictivas.

Sobre este particular, la Corte ha expresado que:

Las víctimas de los hechos punibles tienen no sólo un interés patrimonial, sino que comprende el derecho a que se reconozcan el derecho a saber la verdad y a que se haga justicia. El derecho a saber la verdad implica el derecho a que se determine la naturaleza, condiciones y modo en que ocurrieron los hechos y a que se determine los responsables de

tales conductas. El derecho a que se haga justicia o derecho a la justicia implica la obligación del Estado a investigar lo sucedido, perseguir a los autores y, de hallarlos responsables, condenarles. De ahí que ostenten la calidad de sujetos procesales. En directa relación con lo anterior, debe entenderse que el complejo del debido proceso –legalidad, debido proceso en sentido estricto, derecho de defensa y sus garantías y el juez natural- se predican de igual manera para la parte civil. En punto al derecho a la justicia y a la verdad resulta decisivo establecer si un hecho punible atribuido a un militar es un acto relacionado con el servicio, pues la responsabilidad derivada de la existencia o no de la mencionada relación será distinta. Así mismo, el primer elemento para conocer la verdad de lo acaecido y establecer quienes son los responsables depende, en buena medida, de que se determine si el acto reunía dichas calidades. Así, la Corte estima que le asiste a la parte civil un interés –derecho- legítimo en que el proceso se tramite ante el juez natural.28

Lo anterior quiere decir que la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de ésta tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber la verdad y a la justicia.

4.2. El caso concreto

En el caso que dio lugar a la presente acción de tutela, el Consejo Superior de la Judicatura, al resolver el conflicto de competencias que se había suscitado entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena representada por las autoridades del Cabildo del Resguardo de Caquiona, en torno al juzgamiento de Ivan Majin Quinayas, integrante de esa comunidad, por el homicidio de Alvaro Quinayas Quinayas, también perteneciente a la misma comunidad, en hechos que ocurrieron en el territorio del resguardo, decidió mantener el conocimiento del asunto en la jurisdicción ordinaria.

Conforme al análisis que se ha hecho en esta providencia, esa decisión constituye una vía de hecho, por las siguientes razones:

Incorrecta aplicación de la Ley. Para justificar su determinación, el Consejo Superior de la Judicatura argumentó que la comunidad indígena carecía de normas tradicionales que definieran como ilícita la conducta, así como de normas de procedimiento para juzgar a los

responsables y de normas que fijaran la sanción aplicable. Tal circunstancia, en opinión del Consejo, resultaba contraria al principio de legalidad que hace parte de las garantías fundamentales previstas en la Constitución.

A esa conclusión, sin embargo, no podía llegarse a través de la afirmación sobre la ausencia objetiva de normas del ordenamiento tradicional, pues, como se ha visto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad aplicado a la jurisdicción indígena, remite a un análisis de previsibilidad. Tal análisis, que no se cumplió por el Consejo, habría permitido concluir que, conforme a su ordenamiento tradicional, el homicidio se encuentra proscrito, y que se han adoptado de manera reciente medidas orientadas a prevenir y reprimir el porte ilegal de armas. Del mismo modo, que las autoridades tradicionales ejercen una labor de control social cuyo radio de acción se ha venido ampliando progresivamente.

Del hecho de que la comunidad no pueda presentar antecedentes recientes sobre el ejercicio de la jurisdicción en asuntos tales como el homicidio, aparte de que no fue una consideración expresa del Consejo, no puede derivarse la conclusión acerca de la incapacidad de la comunidad para adelantar el juzgamiento conforme a su ordenamiento tradicional, porque, por un lado, la inserción de la comunidad en la cultura y en el ordenamiento nacionales, implicaba, necesariamente, que antes de 1991, las autoridades indígenas estaban en la obligación de remitir tales asuntos a la jurisdicción ordinaria, de manera que no cabe exigir, como presupuesto para el reconocimiento de la jurisdicción, que la comunidad acreditase la existencia de antecedentes que habrían resultado contrarios al ordenamiento constitucional y legal previo a la Constitución de 1991. Por otro lado, esa inhibición en el ejercicio de la jurisdicción, no puede tomarse como indicio de la ausencia de capacidad para ejercerla, sin un estudio antropológico que demostrase ese aserto.

Y este es el segundo vicio presente en la determinación impugnada en sede de tutela. A partir de una consideración formal relativa a la ausencia de normas, dio por hecho que la comunidad Caquiona carecía de un sistema jurídico tradicional conforme al cual el homicidio está proscrito y quienes incurran en esa conducta pueden ser juzgados por las autoridades tradicionales.

Sin embargo el propio Consejo Superior de la Judicatura, en decisión adoptada unos meses más tarde29, concluyó, en un caso cuyos elementos determinantes son los mismos que los

de aquel que motiva esta tutela, que la Comunidad Caquiona sí tenía capacidad para ejercer la jurisdicción especial en un caso de homicidio cometido por un miembro de la comunidad, en persona de otro integrante de la misma y dentro de su respectivo ámbito territorial. Dijo así el Consejo Superior de la Judicatura:

Sobre el tema objeto de conflicto, el artículo 246 de la Constitución Política señala que "las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos y siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La Ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional". Así las cosas, el eje normativo configurado por el citado artículo y las previsiones contenidas en los artículos 1º y 7º Superiores, determina una manifestación de reconocimiento, respeto y protección a la diversidad étnica y cultural, avalando de esta forma, el derecho de los miembros de la comunidad indígena a un fuero.

Puede inferirse que el móvil del delito que se investiga y la situación fáctica que dio origen al encausamiento del indígena, es un conflicto de naturaleza interna que se ha generado dentro de la comunidad indígena Yanacona y que puede ser solucionado dentro de la comunidad por las autoridades que allí operan.30

Agregó el Consejo de la Judicatura, en la misma providencia, que

La posibilidad de procesar a un miembro del grupo mediante procedimientos que no aparecen regulados normativamente en un texto escrito, como lo esta la ley en los sistemas de derecho positivo, no excluye las instituciones regulativas que definen la actividad aceptable para la persecución de los intereses particulares de un miembro del grupo, ni la demarcación de límites en cuanto a los medios para realizar las metas o valores del mismo.

De la aseveración del Gobernador del Resguardo Yanacona de Caquiona, puede inferirse que el homicidio es considerado como una conducta que se aparta del sistema de valor institucionalizado en el grupo y el interés del mismo en motivar su no ejecución ejerciendo el control sobre quienes no se muestren conformes a él, siempre que las sanciones y los procedimientos no se aparten de los derechos reconocidos en la parte dogmática de la Constitución. No obstante no observar ritos o costumbres que puedan lesionar los derechos fundamentales, de ser ello contrario, podrá el indígena acudir a la acción de tutela, con miras

a evitar la vulneración de sus derechos. La Corte Constitucional ha sido enfática “la plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas constituye un límite al principio de diversidad étnica y cultural. La atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquéllas no sean contrarios a la Constitución o a la ley” . Sentencia T-254 del 20 de mayo de 1994.31

En esa ocasión, el Consejo Superior de la Judicatura decidió dirimir el conflicto positivo de competencias suscitado entre la Jurisdicción Especial Indígena, en cabeza del Resguardo Indígena Yanacona de Caquiona, municipio de Almaguer (Cauca) y la Jurisdicción Ordinaria, representada por el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar (Cauca), declarando que la primera es la competente para conocer del proceso penal seguido contra un miembro de la comunidad acusado del delito de homicidio en la persona de otro integrante de la misma etnia.

A partir de las anteriores consideraciones, es posible concluir que la decisión del Consejo Superior de la judicatura que fue impugnada en este proceso de tutela constituye una vía de hecho, porque aplicó de manera equivocada el principio de legalidad al valorar la pretensión de las autoridades del Cabildo de Caquiona de ejercer la jurisdicción especial indígena y porque, sin soporte en un estudio científico, se descartó la capacidad de esa comunidad para asumir, a través de sus autoridades, el juzgamiento de uno de sus integrantes en un conflicto de naturaleza penal y de caracteres típicamente internos, sin tener en cuenta el cambio de paradigma que sobre esta materias se operó en 1991.

Observa la Sala que los estudios antropológicos aportados en sede de tutela, así como la posterior decisión del propio Consejo de Superior de la Judicatura en un caso similar, permiten concluir que la comunidad indígena de Caquiona, de la etnia Yanacona está en capacidad de ejercer la jurisdicción especial indígena, que tiene, por consiguiente, derecho a ejercerla y que el indígena sindicado en el proceso penal está amparado por el fuero indígena.

Considera del caso esta Sala resaltar las principales conclusiones que se desprenden del concepto antropológico que por solicitud del Tribunal Superior de Popayán se rindió por

Herinaldy Gómez Valencia, Director de la Especialización y Maestría en Antropología Jurídica del la Universidad del Cauca.

Dicho concepto permite, en primer lugar, señalar que los habitantes del resguardo de Caquiona tienen la calidad de indígenas y que pertenecen al grupo étnico-cultural de los Yanaconas.

En segundo lugar, conforme al mencionado estudio, no obstante el paulatino proceso de integración de los miembros de las comunidades Yanaconas a la cultura nacional, ha habido, particularmente a partir de 1991, un importante movimiento orientado a la reafirmación cultural de esta comunidades y "… a la recuperación de los hábitos, costumbres y esquemas de percepción y apreciación que les han servido para reconocerse internamente."32

Ese proceso, señala el concepto, se ha caracterizado por una incorporación parcial del discurso jurídico estatal dentro de las formas propias de garantizar la convivencia pacífica y el acatamiento de la autoridad familiar y del cabildo33. En ese contexto, las autoridades del cabildo, con base en lo establecido en la Ley 89 de 1990, operaban "para solucionar y tratar todas las conductas 'leves' que atentaban contra la moral y las buenas costumbres, en tanto que las conductas graves como los homicidios se solucionaban bien en acuerdos entre las familias directamente afectadas, y cuando eso no era posible, eran remitidos por el cabildo, el inspector de policía o mediante denuncia directa de los familiares de la víctima, a la justicia ordinaria."34

Expresa de manera específica el concepto que "… a partir del reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena los yanaconas han comenzado a tomar los juicios por homicidio como de su competencia." Agrega que ello se desenvuelve en el marco de lo que podría denominarse como una cultura jurídica híbrida, que se había caracterizado por:

".- El reconocimiento del Cabildo como instancia de solución y tratamiento de los problemas comunitarios o mediadora de los conflictos entre familias que no logran acuerdos frene a los mismos. En lo que atañe a los derechos de los comuneros sobre la distribución de las tierras del resguardo, o sobre conflictos de intereses por ella, es el Cabildo el que tiene toda la legitimidad y reconocimiento comunal.

.- El apego literal a la palabra escrita y su adecuación a la tradición oral de compromisos

de restituir y/o compensar los daños causados, o de modificar conductas transgresoras de las buenas costumbres.

.- Una alta valoración de las formalidades escritas y procesales.

.- Una invocación recurrente del aparato represivo estatal como elemento persuasivo para los arreglos interfamiliares o entre sujetos.

.- El concurso de una segunda persona que represente los intereses de un sujeto comprometido en un conflicto o situación."35

Con base en una extensa consideración de los resultados de una investigación "… cofinanciada por Colciencias – BID en convenio con la Universidad del Valle y la Universidad del Cauca sobre 'Usos, costumbres y jurisdicción especial indígena entre las etnias paez, guambiana y yanacona", realizada en coautoría con el sociólogo Carlos Ariel Ruiz en 1996-1998, e igualmente en algunas versiones recogidas para la elaboración de este concepto …", el investigador de la Universidad del Cauca concluye que "… la tendencia que se observa en todos los cabildos del macizo, aunque en unos más que en otros, es la de perfeccionar cada vez más los procedimientos y/o mecanismos de control y sanción social intra comunitario, y a la vez un fortalecimiento del cabildo como máxima autoridad étnica y a centralizar en él la solución y tratamiento de los conflictos, incluidos los delitos graves como los homicidio, que antes eran remitidos a la justicia ordinaria. Agrega el concepto que "… los yanaconas y entre ellos los comuneros del Resguardo de Caquiona, no solo tienen usos y costumbres de control social interno y de justicia indígena, sino que además se encuentran en un proceso de fortalecimiento de los mismos desde hace una década."36

Observa la Sala que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura conforme a la cual se resolvió a favor de la justicia ordinaria el conflicto que se la había planteado, no solo se fundamentó en una premisa jurídicamente equivocada, sino que, además, se sustentó en consideraciones de hecho que no contaban con soporte en el proceso penal y que resultarían contrarias a las conclusiones del estudio antropológico que se allegó al proceso de tutela.

Por las anteriores consideraciones, habrán de revocarse las sentencias de instancia que denegaron el amparo solicitado, para en su lugar conceder la tutela de los derechos a la diversidad cultural, al ejercicio de la jurisdicción indígena, al debido proceso de la Comunidad

de Caquiona y del indígena sindicado, anular la decisión del Consejo Superior de la Judicatura y disponer que se emita una nueva que consulte los criterios señalados en esta providencia.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR las sentencias proferidas por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el proceso de tutela de la referencia, y en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales a la diversidad, la autonomía y el debido proceso de la Comunidad indígena de Caquiona y del integrante de la misma Iván Majin Quinayas.

Segundo.- DECLARAR sin valor ni efecto la providencia del 28 de octubre de 1999, mediante la cual la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria, representada por la Fiscalía Primera Delegada ante el Juzgado Penal del Circuito de Bolívar y la Jurisdicción Indígena del Cabildo y Resguardo de Caquiona, declarando que correspondía a la primera seguir conociendo del proceso adelantado contra Iván Majín Quinayás, sindicado de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

Tercero.- ORDENAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria que dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente sentencia, se resuelva el conflicto de competencias que plantea este caso, conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de esta sentencia.

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

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 En sentido, la Corte, en Sentencia T-606 de 2001, expresó, en una acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomaprieta contra decisión judicial del Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Supía , en un proceso de sucesión que en su concepto debía tramitarse por la jurisdicción indígena, que "... las autoridades indígenas representadas en su Gobernador, tienen personería para impetrar la tutela, como lo hicieron, a nombre de la "Parcialidad" y de la mujer indígena afectada."

2 Sentencia SU-510 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. A esta Sentencia corresponden las citas que se realizan a continuación, hasta la No. 8.

3 ST-380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

4 ST-380/93 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); SC-058/94 (MP. Alejandro Martínez Caballero); ST-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); SU-039/97 (MP. Antonio Barrera Carbonell).

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

6 ST-523/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

7 ST-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-523/97 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

8 Sentencia C-139 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

9 DE OBIETA CHALBAUD, José A., El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. P. 43. Esta cita, así como las siguientes referidas al mismo tema, corresponde a la sentencia C- de 1996.

10 Id., p. 38.

11 Id., p. 39.

12 Sentencia T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Diaz

13 Ibid.

14 ST-349/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz

15 Ibid.

16 Sentencia SU-510 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

17 ST-428/92 (MP. Ciro Angarita Barón); SC-139/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-349/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz); ST-496/96 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

18 ST-254/94 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

20 Sentencia SU-510 de 1998, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

21 Sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

22 Esta idea, al igual que los ejemplos que la ilustran, fue desarrollada por Isabel Cristina Jaramillo, en “El Liberalismo frente a la Diversidad Cultural”. (S.P.P.)

23 Sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

24 Sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

25 Ibídem

26 Sentencia T-728 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

27 Sentencia T-349 de 1996

28 Sentencia SU-1184 de 2001

29 Radicación:20001696 A 90 Aprobado según Acta No. 81 de octubre 19 de 2000

30 Ibid.

31 Ibid.

32 Concepto Herinaldy Gómez Valencia, Universidad del Cauca, octubre 2 de 2000.

33 Ibid. Pag. 300 del cuaderno del Tribunal

34 Ibid., página 303 cuaderno del Tribunal.

35 Ibid. Pag. 305

36 Ibid. Pag. 310