

Sentencia T-617/10

DERECHO A LA AUTONOMIA JURISDICCIONAL Y A LA INTEGRIDAD ETNICA Y CULTURAL DE
COMUNIDAD INDIGENA

DERECHO AL DEBIDO PROCESO/DERECHO AL JUEZ NATURAL/DERECHO A LA DIVERSIDAD
CULTURAL

INTERES SUPERIOR DEL MENOR EN EL ORDEN JURIDICO INTERNO

MARCO NORMATIVO DE LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL EN LA CONSTITUCION DE 1991-
Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIOS DE DIVERSIDAD, INTEGRIDAD ETNICA Y AUTONOMIA DE COMUNIDADES
INDIGENAS

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DERECHOS INDIVIDUALES DE SUS
MIEMBROS-Criterios para solución de conflictos que puedan presentarse

INTEGRIDAD ETNICA, DIVERSIDAD CULTURAL Y LÍMITES A LA AUTONOMIA DE LAS
COMUNIDADES INDIGENAS-Criterios para solución de conflictos

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Aspectos que determinan la competencia/ FUERO
INDIGENA-Elementos estructurales

LEGITIMACION DE GOBERNADOR DE CABILDO INDIGENA PARA INTERPONER ACCION DE
TUTELA

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia

AUTORIDADES TRADICIONALES DEL RESGUARDO INDIGENA-Remisión del caso a éstas

La competencia para conocer del proceso corresponde a las autoridades tradicionales del resguardo de Túquerres. Esa conclusión implica, a su vez, que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en desconocimiento de los derechos fundamentales a la autonomía de la comunidad indígena de Túquerres, y al debido proceso del actor; y que la decisión proferida el 4 de febrero de 2009 debe ser revocada y, en su lugar debe remitirse el expediente al

cabildo de Túquerres. La definición de la competencia en este trámite implica también que las decisiones que fueron proferidas por órganos de la justicia penal se encuentran viciadas de nulidad absoluta, por falta de competencia (defecto orgánico). Es necesario indicar que esta decisión no supone una afectación a los principios de non bis in ídem y cosa juzgada, en virtud de los efectos retroactivos de la nulidad absoluta. Debe considerarse, en el mismo sentido, que el señor 'Mario' tiene un interés legítimo en presentar la defensa de su caso ante las autoridades tradicionales de Túquerres. En mérito de lo expuesto, la Sala ordenará al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal, remitir el expediente con todas las pruebas obrantes en él a las autoridades tradicionales de Túquerres.

Acción de tutela de Silvio Antonio Lagos Tovar contra la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de la sentencia dictada sobre el asunto de la referencia por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, el cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009), y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, el siete (7) de septiembre de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

Anotación preliminar:

La Sala ha decidido suprimir de la providencia y de toda futura publicación de la misma los

nombres verdaderos de la menor involucrada en este proceso, así como los de sus familiares y la persona que presuntamente la agredió, como medida para proteger la intimidad de la menor.¹

De los hechos y la demanda.

1. Silvio Antonio Lagos Tovar, actuando en calidad de Gobernador y Representante Legal del Cabildo Indígena de Túquerres interpuso acción de tutela contra el Consejo Superior de la Judicatura con el fin de obtener protección a los derechos fundamentales a la autonomía y diversidad cultural de la comunidad indígena de Túquerres, y a los derechos constitucionales al debido proceso y la diversidad étnica del señor 'Mario', indígena perteneciente a la misma comunidad. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos de la demanda²:

1.1. En agosto de 2007, se presentaron en el resguardo de Túquerres hechos presuntamente relacionados con el abuso sexual de una menor de edad (14 años). Tanto el agresor, 'Mario', como la víctima, 'Claudia' son miembros de la comunidad indígena del resguardo de Túquerres (pueblo de los pastos).

1.3. El diecinueve (19) de noviembre de dos mil ocho (2008), el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Túquerres planteó conflicto positivo de competencia con la jurisdicción especial indígena (autoridades tradicionales del resguardo de Túquerres) ante el Consejo Superior de la Judicatura.

1.4. El cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009), la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura dirimió el conflicto en favor de la jurisdicción ordinaria y remitió el expediente al Juzgado Segundo (2º) Penal Municipal de Túquerres. Los argumentos que dieron sustento a esa decisión se reseñan a continuación:

(i) De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el fuero indígena se compone de tres elementos: "a) 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; b) el territorial "que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio , de acuerdo con sus propias normas" y c) el objetivo, "referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva".

(ii) En el caso objeto de estudio se presentan los dos primeros elementos; sin embargo, “respecto al elemento objetivo (...) se tiene que la víctima de la infracción penal es una menor que hace parte de la comunidad indígena y en estos casos el Estado ha sido enfático en proteger los intereses de los menores, quienes requieren especial protección, frente a tales disyuntivas, la Constitución Política, ha determinado que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas se encuentra bajo un condicionamiento, esto es que no contraría la Constitución y las leyes de la República” (Se conserva la redacción del original). En otros términos, el Consejo Superior de la Judicatura consideró que, en virtud del carácter preferente de los derechos del menor, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Además, (iii) el actor ha tenido contacto permanente con la civilización así que conoce y diferencia la cosmovisión indígena de la cultura mayoritaria, pues la víctima manifestó que “[‘Mario’] la invitó a hacer lo que hacen en la televisión, y le pidió a la familia que no se presentara ninguna denuncia en su contra, lo anterior conlleva a tener claro que el infractor es conciente (sic) de que realizar actos sexuales con menores es objeto de penalización en la cultura mayoritaria”. (Se conserva la redacción del original), lo que indica que es conveniente que el juzgamiento sea adelantado por la jurisdicción ordinaria.

2. Cargos elevados por el actor

2.1. A juicio del peticionario, la decisión del Consejo Superior de la Judicatura constituye una “vía de hecho”, pues desconoce los derechos fundamentales de la comunidad indígena de Túquerres a la autonomía jurisdiccional y a la diversidad étnica y cultural, así como los derechos constitucionales al debido proceso (principio del juez natural), diversidad étnica y cultural, e igualdad ante la ley del señor ‘Mario’, debido a errores de carácter fáctico, sustantivo y procedimental en los que habría incurrido la parte accionada al proferir sentencia de cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009):

(i) El defecto fáctico se presenta en la conclusión a la que llegó el Consejo Superior de la Judicatura sobre la identidad indígena del señor ‘Mario’, pues para determinar si el peticionario ha sufrido un proceso de aculturación es necesario contar con dictámenes científicos o técnicos, y no simplemente con una supuesta afirmación de la víctima, según la cual “[‘Mario’] la invitó a hacer lo que hacen en la televisión”.

(ii) El defecto sustantivo se configura por la errónea interpretación del artículo 246 de la Constitución Política, en tanto la autoridad accionada consideró que la jurisdicción indígena no opera cuando están involucrados menores de edad, suponiendo, sin sustento alguno, que las comunidades indígenas no respetan los derechos de los niños.

Finalmente, (iii) el defecto procedimental se produjo porque la decisión del Consejo Superior de la Judicatura priva al señor 'Mario' del derecho a ser juzgado por su juez natural, en detrimento del principio de igualdad ante la ley.

3. El a quo, mediante auto de veintiséis (26) de mayo de dos mil nueve (2009) decidió vincular a la Fiscalía Treinta y tres (33) Seccional de Túquerres, al Juzgado Segundo (2º) Penal Municipal de Túquerres, al sindicado, y a los padres de 'Claudia', como representantes de los intereses de la menor.

Intervención de la autoridad judicial accionada.

4. El Presidente de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior intervino a nombre de la autoridad judicial demandada. En su escrito, solicitó denegar el amparo por no configurarse el presupuesto procesal de la legitimación para actuar. Explicó que, a pesar de la informalidad que reviste la acción de tutela, su ejercicio no está exento de unos requisitos formales mínimos, tales como la obligación de presentar un poder cuando se actúa a través de apoderado judicial, o de mencionar las razones por las cuales el interesado está imposibilitado para acudir ante el juez constitucional, cuando el amparo se persigue mediante agencia oficiosa.

En la intervención no se hizo referencia a los aspectos de fondo de la demanda.

Del fallo de primera instancia.

5. El Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, profirió sentencia de primera instancia el cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009), declarando la improcedencia de la acción en relación con los derechos presuntamente vulnerados al señor 'Mario', porque no se acreditó la legitimación por activa del peticionario para actuar como agente oficioso de "Mario"; y denegó el amparo a los derechos de la comunidad indígena del resguardo de Túquerres, por considerar que el Consejo Superior de

la Judicatura no incurrió en error alguno al proferir la sentencia por la que dirimió el conflicto entre jurisdicción especial indígena y sistema jurídico nacional:

No se configuró defecto fáctico, pues la autoridad accionada “soportó su decisión sobre un pilar fundamental, cual era que el sujeto pasivo (sic) de la acción penal había estado en contacto con la cultura mayoritaria, y que por ello estaba en condiciones de comprender las consecuencias jurídicas que implicaba la conducta que se le imputa... lo que lo hacía objeto de juzgamiento en la jurisdicción ordinaria”, y más allá de que el juez constitucional comparta o no esa posición, no se trata de una valoración probatoria por completo inconsecuente, absurda o arbitraria.³

Impugnación.

6. El peticionario impugnó el fallo de primera instancia; estos son los motivos de su inconformidad:

6.1. El a quo estimó que el señor Lagos Tovar no estaba legitimado para actuar como agente oficioso de ‘Mario’, lo que resulta incompatible con lo dispuesto por la Corte en la sentencia T-552 de 2003; en caso de que el juez de primera instancia haya decidido apartarse del precedente constitucional debió señalarlo de forma explícita; o bien, solicitar la ratificación de ‘Mario’ sobre la autorización dada al gobernador del cabildo para agenciar la protección de sus derechos.

6.2. En el fallo de primera instancia no se efectuó pronunciamiento alguno sobre la vulneración a los derechos fundamentales cuya protección fue invocada en esta acción, ni sobre la interpretación de las normas constitucionales y cláusulas de tratados internacionales pertinentes; se omitieron las “consideraciones jurídico-antropológico-culturales que se requieren” para establecer la aculturación de ‘Mario’, tomando como único sustento de esa posición una afirmación de la víctima “acerca de que el señor [‘Mario’] presuntamente quiso imitar una conducta que vio en la televisión”.

6.3. El a quo tampoco se refirió a los apartes del fallo controvertido en los que se establece que la jurisdicción especial indígena no procede cuando el caso involucra a una menor en virtud del elemento objetivo del fuero, dando a entender “que dentro de la jurisdicción indígena no se protegen los derechos del menor”, e ignorando la sentencia T-552 de 2003 en

la que la Corte precisó que la verificación de la existencia y validez del derecho propio solo sería procedente ex post.

7. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁴, en pronunciamiento de siete (7) de septiembre de dos mil nueve (2009) decidió revocar el fallo de primera instancia, en cuanto efectuó un examen de fondo sobre la vulneración de los derechos de la comunidad indígena y, en su lugar, declarar la “improcedencia integral de la acción”, con base en la siguiente argumentación:

7.1. En relación con la legitimación por activa, resulta improcedente la solicitud de aplicar lo dispuesto por la Corte en la sentencia T-552 de 2003, en cuanto a la facultad de las autoridades indígenas para presentar acción de tutela en nombre de los miembros de la comunidad, pues esa posibilidad no puede llevar al desconocimiento de las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional “al antojo de los petentes” y, en consecuencia, la simple afirmación de que ‘Mario’ autorizó verbalmente al peticionario para interponer la tutela a su nombre, de acuerdo con los usos de la comunidad, no es motivo suficiente para “pulverizar la objetividad de los presupuestos jurídicos para la procedencia del recurso de amparo”.

8. Pruebas decretadas en sede de revisión.

Con el fin de obtener elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión en el asunto de la referencia, la Sala decretó, mediante autos de nueve (9) de febrero de dos mil diez (2010), siete (7) de abril de dos mil diez (2010), y treinta y uno (31) de mayo de dos mil diez (2010), diversas pruebas, orientadas a obtener información general del derecho propio que opera en el resguardo de Túquerres, determinar el estado actual del proceso penal adelantado contra el señor ‘Mario’ por la Fiscalía Treinta y Tres (33) Seccional de Túquerres y el Juzgado 2º Penal Municipal de Túquerres, y conocer las posiciones e intereses de las personas involucradas en este trámite.

Dado que la información recaudada por la Sala es abundante, en este aparte se realizará una exposición esquemática de los informes recibidos, advirtiendo que, en caso de considerarlo necesario, se profundizará en algunos aspectos al emprender el estudio del caso concreto⁵.

A. Concepto del Instituto colombiano de antropología e historia:

(i) Generalidades:

El pueblo de los pastos está conformado por 22 resguardos, ubicados en distintos municipios de Nariño; sus comunidades se encuentran en constante relación con la sociedad nacional, y sus condiciones económicas son similares a las de la mayoría de la población rural. En el caso del resguardo de Túquerres, su ubicación geográfica ha propiciado la interacción entre los habitantes del resguardo y las cabeceras municipales; las autoridades indígenas conocen la normatividad nacional por haber sostenido interacción con la ley desde la creación de los resguardos en el período colonial. Como consecuencia de los elementos descritos, su condición indígena obedece a un proceso de auto reconocimiento de su pasado como pueblo originario, pero no a una situación de aislamiento o ignorancia de la cultura mayoritaria.

En el 2001 se conformó la Asociación de Autoridades Indígenas del Pueblo de los Pastos, y en 2005 la Escuela de Derecho Propio Laureano Anampué, lo que demuestra la existencia de un compromiso de estas comunidades con el fortalecimiento de sus formas de gobierno y su derecho propio, a partir de la “paulatina construcción de un cuerpo coherente de derechos y deberes de las autoridades y la comunidad, que utiliza elementos de la tradición oral del pueblo pasto y de las normas consuetudinarias de sus comunidades, en procura del fortalecimiento de su identificación como pueblo indígena”

“Uno de los elementos principales de su pensamiento cultural (...) es el concepto de “equilibrio”, el cual debe regir las relaciones entre las personas al interior de la comunidad, entre la comunidad y la sociedad mayoritaria, y entre la comunidad y el medio ambiente, en una lectura que teje esas relaciones sociales yendo desde el pasado, al presente y al futuro. El concepto de equilibrio se refleja en el objetivo de su justicia propia, definida como la búsqueda de bienestar de la totalidad de su comunidad, la consolidación de su territorio y el establecimiento de un diálogo entre su justicia y la justicia ordinaria, teniendo en cuenta las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales de su pueblo6.”

(ii) Aspectos relevantes del derecho de los pastos:

El derecho pasto es de carácter público, consensuado, y restaurador del equilibrio, con una perspectiva resocializadora de la pena. El procedimiento, de acuerdo con los principales gestores del derecho propio, es de carácter colectivo; es decir opera mediante corporaciones de cabildos, con el gobernador del resguardo a la cabeza; la decisión se debe adoptar por

unanimidad, mediante “procedimientos (...) estructurados de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad”. La sanción se concibe como “autorreflexión o consejo a manera de limpieza espiritual para las partes”. En los procesos, existe la posibilidad de acudir a consulta con los taitas y médicos tradicionales para que proporcionen pautas para la solución de los conflictos.⁷

“Los usos y costumbres aluden a las prácticas y los significados que regulan los diferentes ámbitos de su vida familiar y social: las normas de comportamiento público, la definición de los derechos y obligaciones de los miembros, la distribución de los recursos naturales, la transmisión e intercambio de bienes y servicios, la definición de los hechos que puedan ser considerados como desequilibrios con la respectiva sanción, el manejo y control de la forma de solución de los conflictos y la definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena.”

“La autoridad que gobierna dentro de los resguardos es el cabildo, dirigido por el gobernador con la compañía de otros funcionarios (...) con diferencias entre los diferentes resguardos⁸. (...) la Asociación de autoridades indígenas del pueblo de los pastos tiene un ambicioso proyecto de formación, reivindicación y circulación de saberes con otros pueblos indígenas, para promover la participación de las comunidades en el derecho propio y construir unos parámetros comunes de resolución de conflictos entre todos los resguardos pasto”.⁹

Cada resguardo y/o cada cabildo presenta particularidades en relación con el derecho propio y la interpretación del mismo, así como dificultades para su aplicación, entre las que se cuentan: problemas de carácter económico y de ausencia de recursos; desconocimiento y desconfianza de la comunidad en la aplicación del derecho propio; procesos de aculturación de los miembros del resguardo, y actuaciones estratégicas de las partes, en busca de la elección de la jurisdicción que prevea mejores consecuencias para sus propósitos individuales.

La resocialización del castigo se percibe en la importancia dada a la sanción social, la exhortación pública, la curación espiritual del infractor y la restauración de su relación con su entorno y comunidad, mas no como corrección severa y ejemplarizante para los demás miembros de la comunidad¹⁰.

(iii) Antecedentes en el derecho de los pastos de aplicación del derecho propio en casos que

involucran la integridad sexual de menores de edad.

En otras comunidades del pueblo pasto se conocen antecedentes de decisiones proferidas en casos de violencia sexual contra menores de edad, las que se reseñan a continuación, por su relevancia para acercarse al derecho de los pastos:

El proceso se adelantó por las citadas autoridades, junto con los demás miembros de la comunidad, y culminó con sentencia condenatoria y penas de 30 fuetazos, 8 años de cárcel nocturna, 3 días de trabajo comunitario semanal por el mismo período, y prohibición de ausentarse del resguardo sin permiso del cabildo y sin compañía de algún familiar. Además, se previó una indemnización para la familia de la menor agredida, que incluyó el pago de sus estudios y de un tratamiento psicológico. Por último, se ordenó a los condenados participar en las reuniones de la comunidad y recibir capacitación.

b. Caso ocurrido en el resguardo de pastas.

Recientemente, la comunidad asumió el conocimiento de un caso de violación a una menor de edad por parte de otro miembro de la comunidad, en un caso remitido al Cabildo de pastas por la justicia ordinaria.

El procedimiento interno fue adelantado por las autoridades del resguardo, con participación de la comunidad. El investigado fue hallado culpable y la condena consistió en fuetazos, asamblea pública en la que se le recordaron los derechos y deberes de los miembros de la comunidad al responsable, amonestación y consejo por parte de la comunidad.

Además, el caso se “armonizó” mediante la aceptación de los hechos por parte del autor y el compromiso de su familia de apoyar el cumplimiento de la pena, y asegurar la satisfacción de la víctima y su familia. Al responsable se le asignó trabajo comunitario por cinco años, se le ordenó efectuar compensación económica para la víctima, así como la suscripción de un compromiso, de acuerdo con el cual, en caso de incumplir la pena, el agresor perdería los derechos territoriales propios y los de su descendencia¹¹.

La armonización “es esencial, pues (...) permite que se cumpla la pena por el compromiso del culpado y su familia, y que después no se tomen represalias entre ellos, es decir, garantiza que la autoridad actúe equilibrando la situación y no generando nuevos conflictos (...)”.

Recientemente algunas autoridades y organizaciones del pueblo pasto establecieron un compendio escrito de derecho propio, catalogando conductas que atentan contra la dignidad sexual de menores como desequilibrios:

“El texto “El derecho mayor en el pueblo indígena de los pastos”, procura una sistematización de los diferentes ámbitos que pretende regular el sistema jurídico pasto, organizados a modo de “Determinaciones”, relativas a derechos y deberes de las autoridades y los miembros de la comunidad, desequilibrios (delitos) y sanciones aplicables. La décima determinación se titula “Potestad de orden legal y jurídico para castigar los delitos cometidos por los indígenas”; en su numeral K12 trata la agresión a menores, y en los numerales N13 y O14 tratan el abuso sexual.

Sin embargo, a pesar del carácter de desequilibrio grave del acto sexual violento con menor de edad, la pena o el castigo aplicable no se encuentra previamente establecido, sino que corresponde a las autoridades la facultad de aplicar una o varias de las sanciones que integran el derecho propio.

“Martín Tenganá, antropólogo perteneciente al pueblo de los pastos, sostiene que los actos que atentan contra la integridad física y sexual de los menores se consideran reprochables desde todo punto de vista y explica que por su magnitud el juzgamiento ha correspondido a la justicia ordinaria, aunque con el desarrollo de la jurisdicción especial indígena las comunidades indígenas han empezado a conocer y castigar este tipo de delitos”.

(iv) El derecho propio en el resguardo de Túquerres:

A juicio del Icanh, la aplicación del derecho propio requiere de una autoridad legítima y una comunidad fuerte para que las penas brinden equilibrio entre las partes y no se produzcan venganzas entre miembros de la comunidad, por lo que el concepto continúa con una descripción específica de la situación del derecho propio en el resguardo de Túquerres.

1) En el resguardo mencionado existe una autoridad tradicional, el gobernador del cabildo, nombrado por miembros de la comunidad.

2) Las autoridades cuentan con un Manual de justicia propia - “sumak kausay”, que fue

redactado entre el 25 de octubre y el 16 de noviembre de 2009 y que recoge los elementos centrales del derecho propio.

3) Aunque no es clara la “interiorización y aplicación de la justicia propia en dicho resguardo”, se percibe “un proceso de formación en esa dirección”.

4) De acuerdo con el concepto de “antropólogos residentes en el departamento de Nariño, conocedores de la situación del pueblo indígena pasto y consultados para la elaboración de esta respuesta (...) no hay una fortaleza suficiente en la autoridad del resguardo de Túquerres para abordar casos como el presente”.

5) El derecho propio establece la protección de los menores y consagra diferentes conductas asociadas con el abuso de menores como elementos que producen desequilibrio; la violación es un acto que ocasiona un desequilibrio grave, especialmente si afecta a un menor de edad.¹⁵

(iv) Conclusiones y recomendaciones:

“La condición indígena del pueblo pasto no está dada por su aislamiento de la sociedad nacional, sino por su proceso de auto reconocimiento como descendientes de pueblos originarios, acompañado del fortalecimiento de sus instituciones tradicionales o reconstituidas -como el cabildo gobernador y el resguardo- y la creación de otras nuevas que les permiten mantener viva la memoria de si (sic) identidad histórica como habitantes ancestrales de su territorio (...) no consideramos que exista una inconmensurabilidad o incomprensión del contenido de la ley 599 de 2000, sino, a lo sumo, un desconocimiento de la misma como el que muchos de nosotros (sic) tenemos”.

“El derecho propio del pueblo pasto se caracteriza por ser público, consensuado, restaurador del equilibrio comunitario afectado por el delito, y con una perspectiva del castigo que hace énfasis en la resocialización del culpable. Por lo mismo, presenta una tendencia a no establecer una relación directa entre delito y pena debido a que [el castigo] es acordado por toda la comunidad, por lo que puede variar dependiendo de las condiciones institucionales y comunitarias de cada resguardo. (...) [L]a eficacia de ese derecho depende de la fortaleza de sus instituciones, de sus autoridades, y del reconocimiento e interiorización de las normas establecidas por los mismos indígenas. En ese sentido, no tenemos suficientes elementos

para asegurar que tal es la condición del resguardo de Túquerres, y por lo tanto, para considerar que como autoridad y comunidad puede abordar un caso como el que motiva este concepto.”

B. Del gobernador del cabildo indígena.

(i) Aspectos generales:

Existen actuaciones en el derecho indígena pasto (en su variante de Túquerres) que generan desequilibrios en el orden natural. En esos eventos la comunidad “desde su propio seno, haciendo uso de Mingas de pensamiento expone y sustenta las estrategias necesarias para la aplicación de los Usos y Costumbres” y la administración de justicia sin acudir a componentes normativos ajenos.

El mandato de la comunidad se dirige a la identificación e interpretación de las fuentes propias de derecho (Ley de origen, Ley natural y Derecho mayor) recreadas en mitos y leyendas para identificar comportamientos que afecten el equilibrio natural, entre los que se encuentran los que atentan contra los guaguas (niños y niñas), el ayllu (la familia), y la integridad del indígena en general, así que la conducta de acto sexual con un menor, sin su consentimiento, afecta el equilibrio y la armonía del resguardo¹⁶.

Entre los desequilibrios contra el ayllu se encuentra el maltrato a menores como castigo permanente o exagerado “lo que se considera falta es el daño físico y moral que se ocasiona en el niño”, acto castigado severamente; la inasistencia alimentaria, el adulterio, el maltrato en el hogar, el abandono del hogar, entre otros... dentro de los desequilibrios contra la propia integridad se encuentran las lesiones personales, el aborto, el homicidio de un comunero o tercero dentro del territorio, la violación o intento de violación (“será considerado violación cuando se utiliza la fuerza para obligar a una relación sexual. Recibirá un castigo mayor cuando la violación sea a una menor de edad (sic). Y es considerado como un desequilibrio grave”), entre otros.

Además, las autoridades tienen como pauta de interpretación del derecho propio, “el ejercicio y respeto no solo de los derechos asignados para cualquier ser humano, en los

diferentes componentes jurídicos, nacionales y supra nacionales, sin[o] de aquellos derechos que se tiene por ser integrantes de las comunidades indígenas”17.

Para recuperar la armonía o equilibrio de la comunidad, “Las personas encargadas de administrar justicia optaran (sic) de acuerdo a su sabiduría por la aplicación de uno o varios (sic) de las siguientes sanciones: (i) Trabajo comunitario18, (ii) fuetazos19, (iii) [Reclusión en] Centros de Convivencia20, (iv) “pérdida de derecho”21, pago de multas, (v) pérdida del fuero como miembro de la autoridad propia, “Devolución Del Doble”22, (vi) llamado de atención en público, (vii) indemnización, (viii) pérdida del derecho al territorio, (ix) pérdida y asignación del derecho sobre el usufructo del territorio, (x) regulación de cuota alimentaria, (xi) cepo, (xii) retención de bienes23.

(ii) Instituciones político-jurídicas del resguardo de Túquerres:

“En el Resguardo Indígena de Túquerres, existe una autoridad tradicional reconocida que es el Cabildo Indígena de Túquerres, su representante legal actual es el Gobernador SILVIO ANTONIO LAGOS TOBAR (sic). El Cabildo Indígena de Túquerres viene ejerciendo su autoridad dentro del Resguardo conforme a los Usos y Costumbres, en aplicación del artículo 246 de la Constitución Nacional, tanto los casos presentados por indígenas directamente en su Despacho, como los procesos remitidos por las autoridades ordinarias.

El Cabildo (...) es una autoridad indígena con competencia territorial y personal, y estamos dispuestos a asumir el juzgamiento de nuestros comuneros cuando cometen faltas que atenten contra nuestro Derecho Mayor, nuestros Usos y Costumbres. Estamos capacitados para reclamar el ejercicio de la jurisdicción propia porque contamos con la necesario organización y reconocimiento comunitario y con capacidad de control social.

Por ello, aplicamos justicia no solo en los casos donde se presenta la queja directamente a la oficina del Cabildo (injurias, calumnias, hurto, lesiones personales, inasistencia alimentaria, problemas por el uso y manejo de las tierras del Resguardo, etc), sino también en aquellos procesos que nos han sido remitidos como por ejemplo: de la Fiscalía 18 delegada ante los Juzgados Penales y Promiscuos Municipales de Túquerres”.

Las faltas cometidas se corrigen de conformidad con los usos y costumbres; el derecho mayor se caracteriza por la oralidad, y en los procedimientos “respetamos los derechos de

los indígenas implicados, escuchándolos en cargos y descargos, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso en concreto se determina la corrección aplicable de acuerdo a lo mencionado en el numeral anterior. Las decisiones se hacen conocer en Asamblea a toda la comunidad indígena, con el fin de garantizar la claridad y aplicación real de nuestros Usos y Costumbres”.

“Las faltas cometidas por nuestros indígenas rompen el equilibrio en nuestra comunidad, por esto, actos como la violación ... se entienden como conductas que destruyen nuestra armonía y frente a las cuales debemos tomar medidas... siempre bajo el respeto de los derechos fundamentales de nuestros indígenas y garantizando la reparación y derechos de las víctimas”. La sanción se determina de acuerdo con las características de cada caso, pero en ningún caso se permite la impunidad de una falta cometida por un miembro de la comunidad. “Nuestros procedimientos son distintos a los de la jurisdicción ordinaria. || Lo que si garantizamos es que en ningún momento quedará en la impunidad la falta cometida por nuestro indígena, y que respetaremos sus derechos fundamentales”.

C. Del proceso penal adelantado por la jurisdicción ordinaria.

En el transcurso del trámite de Revisión, la Sala solicitó información a las autoridades judiciales que han tenido conocimiento del proceso, sobre el estado actual del trámite penal. A raíz de esta actividad probatoria, se estableció que señor ‘Mario’ fue condenado por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Túquerres, en primera instancia²⁴, por el delito de acceso carnal violento, con base en pruebas testimoniales, y en el hecho de que la menor resultó en estado de embarazo a raíz de los hechos investigados.

En segunda instancia el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal revocó la sentencia, y absolvió a ‘Mario’, por considerar que no se comprobó la fuerza o violencia ejercida por el presunto autor del delito sobre la víctima, elemento estructural del tipo de acceso carnal violento²⁵.

D. intervención de la señora Irene Rosero López

La señora Irene Rosero López, profesional del derecho, intervino en el presente trámite como apoderada de la madre de ‘Claudia’.²⁶ En su escrito explicó que (i) ni ‘Claudia’ ni sus padres se encuentran inscritos en el censo en calidad de indígenas; (ii) la madre de la menor es

propietaria de un inmueble que no fue adjudicado como tierra de cabildo en el que reside con su familia y al cual llegó el señor Mario con el fin de llevar a Claudia a jugar con sus primas, el día de los hechos; (iii) los hechos no ocurrieron dentro del territorio del resguardo; (iv) ni la familia de la menor ni la menor tienen confianza en los procedimientos, usos y costumbres indígenas; y no los consideran idóneos para “reparar el ilícito”; (iv) la familia de la menor ha “percibido gran parcialidad de quien ejerce la justicia propia, señor Vicente Mora, a favor del acusado”, lo que se ha evidenciado en el trámite de fijación de cuota alimentaria de la menor hija de ‘Claudia’.

“Por lo anterior no siendo la menor ni su familiar integrantes del cabildo indígena de Túquerres, ni los hechos investigados sucintados (sic) en tierras comuneras no resulta viable la aplicación de la jurisdicción indígena, además de no contar con las garantías procesales mínimas para un juicio justo. Se solicita continuar tramitando el proceso en la jurisdicción ordinaria”.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, el auto de cinco (5) de noviembre de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número once (11) de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Para resolver el problema planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) el interés superior del menor, (ii) los principios de diversidad, integridad étnica y autonomía de las comunidades indígenas; (iii) los criterios para solución de conflictos que puedan presentarse entre la autonomía de las comunidades indígenas y los derechos individuales de sus miembros; (iv) los elementos determinantes de competencia de la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena. Dentro de ese marco jurídico, (v) resolverá el caso concreto.

b. Solución al problema jurídico.

El interés superior del menor en el orden jurídico interno.

1. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en un amplio número de decisiones del alcance y contenido de los principios de especial protección a la niñez, e interés superior del niño²⁸, definiendo el alcance de diversas cláusulas constitucionales, y recalando las obligaciones adquiridas por el Estado colombiano en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, reflejadas en diversos instrumentos, como a continuación se explica:

2. El carácter prevalente de los derechos de los menores sobre los derechos de los demás se encuentra consagrado en el artículo 44 de la Constitución Política, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Además, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los menores.²⁹

3. El legislador recogió los principales estándares normativos internacionales del interés superior del menor en la Ley 1098 de 2006, prescribiendo diversas directrices para la protección del menor: “Así (...) el artículo 1º dispone que el Código tiene como finalidad “garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad amor y comprensión [y que] prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna”; en la misma dirección, el artículo 2º establece como objeto de la ley mencionada “establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes”; los artículos 4º y 6º establecen que las normas del código son de orden público y de carácter irrenunciable, y que las normas constitucionales y de tratados o convenios internacionales de derechos humanos hacen parte integral del código y sirven “de guía para su interpretación y aplicación”; Finalmente, el artículo 9º consagra la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en caso de conflicto con derechos de otras personas.³⁰

4. La Corte Constitucional ha definido el alcance del interés superior del menor en diversos pronunciamientos. Así, en la sentencia T-514 de 1998 explicó que este principio comporta un reconocimiento de una “caracterización específica” para el niño, basada en la naturaleza prevalente de sus derechos, que impone la obligación de especial protección a la familia, la sociedad y el Estado. En la sentencia T-979 de 2001, agregó la Corte que “el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (...) propende por el cumplimiento de fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad (...)”.

5. El contenido del interés superior del menor, y el carácter prevaleciente de sus derechos debe determinarse en el marco de las circunstancias específicas de cada caso, en lugar de entenderse como un ente abstracto de aplicación mecánica. En tal sentido, en las sentencias T-510 de 2003 y T-397 de 2004 estableció la Corte el alcance de las obligaciones relativas a la identificación y protección del interés superior del menor:

“[L]as decisiones adoptadas por las autoridades que conocen de casos en los que esté de por medio un menor de edad –incluyendo a las autoridades administrativas de Bienestar Familiar y a las autoridades judiciales, en especial los jueces de tutela- deben propender, en ejercicio de la discrecionalidad que les compete y en atención a sus deberes constitucionales y legales, por la materialización plena del interés superior de cada niño en particular, en atención a (i) los criterios jurídicos relevantes, y (ii) una cuidadosa ponderación de las circunstancias fácticas que rodean al menor involucrado. Para ello, las autoridades deben prestar la debida atención a las valoraciones profesionales que se hayan realizado en relación con dicho menor, y deberán aplicar los conocimientos y métodos científicos y técnicos que estén a su disposición para garantizar que la decisión adoptada sea la que mejor satisface el interés prevaleciente en cuestión.”³¹

7. En casos que involucren el bienestar de niños pertenecientes a comunidades indígenas, resulta conveniente puntualizar que, al determinar el alcance de los derechos de los niños indígenas, la labor del juez no se limita a evaluar, desde la perspectiva “occidental”, la situación del menor indígena. Lo que debe tener presente el juez es el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales cuya protección

persiguió con ahínco el constituyente de 1991, pues constituyen el patrimonio de diversidad que nos permite conocernos como una nación con una identidad compleja, respetuosa de la igualdad en la diferencia.

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

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

Como reconocimiento de esa realidad histórica y de su proyección social, la Constitución Política de 1991 elevó al rango de principios fundantes del Estado, la pluralidad y la participación; estableció la obligación estatal de reconocer y proteger la identidad cultural (art. 7º C.P.); y consideró que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad (art. 70 C.P). De esa forma, el Estado colombiano se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional³².

Ese marco general de principios constitucionales que informan las relaciones entre las diferentes culturas que residen en el país se complementa y refuerza por el Convenio 169 de la OIT, "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"³³, cuyas disposiciones sobre derechos de los pueblos y las personas indígenas hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación³⁴.

El citado convenio se caracteriza por un enfoque de respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, y por el reconocimiento de algunos derechos como la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros. Para la solución del problema jurídico planteado resultan de especial interés las disposiciones relativas a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas y, en alguna medida, las que se refieren

a la protección del territorio colectivo de los pueblos aborígenes.

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

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes”.³⁶

Las principales consecuencias normativas de este reconocimiento, son: (i) la procedencia de la acción de tutela, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, como para la protección de los derechos de la comunidad; (ii) el rango de norma de derecho fundamental que ostentan las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades, con todos los atributos legales y políticos que ello comporta.³⁷

10. Ahora bien, es un hecho conocido que los principios mencionados pueden entrar en conflicto con otros principios de la sociedad mayoritaria, algunos de los cuales comparten con los primeros el rango de normas constitucionales³⁸. Una exposición integral sobre esas tensiones potenciales se encuentra en el fallo T-514 de 2009. A continuación, la Sala se referirá expresamente a los criterios para la solución de tales tensiones, y a los límites de la autonomía de las comunidades indígenas.

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

11. En este acápite, mantiene la Sala los elementos de la exposición realizada en el reciente

fallo T-514 de 2009 en el que se efectuó una reiteración sistemática de los principales fallos sobre la solución de conflictos entre autonomía indígena y (otros) derechos fundamentales, reglas que fueron establecidas principalmente en las sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996 y la sentencia de unificación SU-510 de 1998. Además, se reiterarán consideraciones contenidas en la sentencia T-1253 de 2008, sobre los efectos de la intervención del juez de tutela en asuntos propios de las comunidades indígenas.

Principios generales de interpretación.

11.1. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)³⁹: de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas⁴⁰. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad⁴¹.

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

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

...

El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo”42.

11.3. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.

Este principio fue formulado, por primera vez, en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos:

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

En la reciente sentencia T-514 de 2009, sin embargo, la Corporación consideró pertinente efectuar algunas aclaraciones sobre el alcance del principio, a raíz de la experiencia acumulada desde 1994 en el estudio de casos concretos, y de la constatación de que una interpretación inadecuada de ese principio podría concebirlo como una autorización para desconocer la autonomía de las comunidades con bajo nivel de conservación cultural, lo que resultaría incompatible con el principio de igualdad entre culturas y el principio de no discriminación. (Artículos 70 y 13 de la Constitución Política).

La Sala Tercera estableció, entonces, que el principio no puede concebirse como una prescripción dirigida a los jueces para dar mayor protección a la autonomía de ciertos grupos indígenas (los de mayor conservación o aislamiento), sino como una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos aborígenes, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de “traducción de los sistemas jurídicos

tradicionales en categorías occidentales o viceversa”.

De esa forma, frente a comunidades con alto grado de conservación de sus costumbres, el juez debe ser más cauteloso y valerse de conceptos de expertos para aproximarse al derecho propio, mientras que este procedimiento puede efectuarse de manera menos exigente frente a comunidades que hayan adaptado categorías y formas del derecho mayoritario.

Sin embargo, ese grado de conservación cultural no puede llevar al juez, ni a ningún otro operador judicial, a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones:

“La decisión de una comunidad indígena con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado, que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria”⁴³ (...) “En ningún caso (...) está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas al derecho mayoritario –o viceversa– es de mayor entidad en el segundo caso”.

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

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

12.1. El análisis de los límites a la autonomía de las comunidades indígenas, por parte de la Corte, inició con el estudio del artículo 246 constitucional, cláusula que prevé la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, siempre que no se oponga a la Constitución y la ley.

Al determinar el alcance de la disposición, la Corte consideró desde tempranos pronunciamientos⁴⁴ que, si bien la disposición citada se refiere a la Constitución y la Ley como límites a la jurisdicción especial indígena, la autonomía no puede ser restringida a

partir de cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano retórico:45

“En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P. artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía””.46

12.2 En virtud de este principio, los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible:47 el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal. En la sentencia SU-510 de 1998 expresó la Corporación:

“Según la jurisprudencia de la Corte..., la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” || En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por la 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 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas”. 48

12.3. En adición a lo expuesto, La Corte Constitucional ha considerado que los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades⁴⁹:

“En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”⁵⁰

De lo expuesto podría concluirse que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Explicó la citada Sala tercera que esa situación podría ser explicada mediante un análisis de los distintos ámbitos en que se manifiesta la autonomía de una comunidad indígena.

En tal sentido, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso, debe

realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos⁵¹.

Ahora bien, en la medida en que la autonomía de las comunidades indígenas, y algunos de los atributos que se desprenden de ella tienen el carácter de derechos fundamentales, resulta claro que un conflicto entre estos derechos y los derechos fundamentales individuales de los miembros de la comunidad, es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía.

La Corte Constitucional, acogiendo la experiencia de otros tribunales constitucionales, y algunas ideas de la Teoría del Derecho, ha mantenido la posición de acuerdo con la cual, estos conflictos normativos deben resolverse mediante la técnica de la ponderación, operación que consiste en determinar, en el marco del caso en que se presenta el conflicto normativo entre dos derechos, los criterios dentro de los cuales la limitación o restricción de un derecho resulta legítima por lograr una mayor eficacia de otro u otros derechos constitucionales.⁵²

Dada la multiplicidad de eventos -y conflictos- que pueden llegar al conocimiento del juez constitucional, la ponderación puede resultar de gran complejidad en determinados escenarios, lo que acarrea el riesgo de arribar a respuestas diversas por parte de los jueces constitucionales de instancia y, por lo tanto, a afectar el principio de igualdad en la aplicación de la ley y a producir un grado determinado de inseguridad jurídica.

Al respecto, es pertinente señalar que el amplio desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia que ocupa a la Sala, permite al operador judicial contar con reglas jurisprudenciales que van delimitando los supuestos en que un principio precede a otro. Por esa razón, las dificultades de la ponderación, a medida que la jurisprudencia constitucional delimita el campo de aplicación de cada principio y el contenido de cada derecho constitucional se reducen significativamente mediante la reiteración de las subreglas sentadas por esta Corporación, siempre que se apliquen teniendo en cuenta cada contexto cultural específico.⁵³

En conflictos que involucran derechos colectivos fundamentales de comunidades indígenas es importante tener presente, al efectuar la ponderación, que la Corte Constiucional ha

establecido que tales derechos gozan de un mayor peso prima facie en el conflicto, en virtud del principio de maximización de la autonomía que, como previamente se explicó, persigue la supervivencia de las culturas aborígenes⁵⁴. Por lo tanto, el desplazamiento de los derechos de la comunidad solo es constitucionalmente válido si existen argumentos fundados y razonables para considerar que la afectación de los demás principios es particularmente grave, o que existe certeza sobre la ocurrencia de esa restricción, en tanto que la evidencia de afectación a los derechos de la comunidad es incipiente o precaria.

12.4. Por último, el juez debe considerar, como criterio de interpretación al abordar estos casos, que existen ámbitos de la autonomía en los que la intervención de órganos externos a la comunidad es especialmente nociva, así que lo más prudente es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres, y evitar, de esa manera, un mayor distanciamiento entre las partes, derivado de una decisión impuesta desde una perspectiva ajena al derecho propio de la comunidad⁵⁵

Aspectos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena y elementos estructurales del fuero indígena.

13. Como se explicó [supra 12.1], el artículo 246 superior prevé la existencia de la jurisdicción especial 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 judicial nacional”.

Al analizar el alcance de la disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996 determinó que su contenido normativo comprende: (i) la facultad de la comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de conservar y/o proferir normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley mencionada.⁵⁶

14. A continuación la Sala reitera la jurisprudencia desarrollada por la Corte para garantizar que, en presencia de una comunidad indígena con autoridades, usos, costumbres y procedimientos definidos [elementos i y ii], el ejercicio de la autonomía indígena tenga plena eficacia [elemento iv], aún en ausencia de una ley de coordinación [elemento v], y teniendo presente que la subordinación de la jurisdicción especial indígena a la Constitución Política y la ley debe entenderse de forma concordante con los límites y alcances del derecho fundamental a la autonomía de los pueblos originarios (ver, supra, fundamentos 11 y 12).

15. Con base en lo dispuesto por el artículo 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia⁵⁷, referentes a las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Constitucional ha considerado que la referida autoridad judicial es el juez natural para dirimir este tipo de conflictos. Sin embargo, en virtud del vacío legislativo en materia de coordinación entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena [elemento iv], y de la naturaleza iusfundamental de la autonomía de los pueblos indígenas, esta Corporación tiene la competencia y la obligación de definir el alcance del artículo 246 de la Constitución Política, en tanto se trata de una disposición que establece derechos fundamentales de un grupo humano especialmente protegido.

16. En ese orden de ideas, la Corte Constitucional ha formado una línea jurisprudencial sólida y consistente en materia de conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional, en cuya construcción se han ido incorporando paulatinamente distintas facetas de la autonomía jurisdiccional. Del conjunto de fallos que componen la línea referida, resultan especialmente relevantes las sentencias C-139 de 1996, T-496 de 1996, C-370 de 2002, T-728 de 2002, T-552 de 2003 y T-1238 de 2004.⁵⁸

Con el fin de lograr una exposición sistemática de los distintos principios y subreglas jurisprudenciales establecidos en la materia, la Sala asumirá el siguiente orden expositivo:

(i) Sentencias T-496 de 1996, T-728 de 2002, C-370 de 2002 y (ii) T-1238 de 2004, relativas al fuero indígena, la inimputabilidad por diversidad cultural, y el factor territorial; (iii) providencia T-552 de 2003: el factor orgánico o institucional del fuero indígena, y su proyección en la protección del debido proceso del acusado, y los derechos fundamentales de las víctimas; y (iv) precisión sobre el contenido y alcances del factor objetivo del fuero indígena. En el curso de la exposición, la sala efectuará diversos resúmenes normativos, con

el fin de hacer una reseña concreta de los criterios de interpretación, principios y reglas decisionales relevantes en la materia.

16.1 Fuero indígena e inimputabilidad por diversidad cultural; factor territorial.59

16.1.1. En la sentencia T-496 de 1996 la Corte asumió por primera vez el conocimiento de un conflicto entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional, a raíz de un homicidio ocurrido en el ámbito territorial de una comunidad de la etnia páez, cuya investigación fue adelantada por la fiscalía territorialmente competente.

Al momento de celebrarse la audiencia pública, el defensor solicitó al juez de conocimiento la aplicación del artículo 96 del decreto ley 100 de 1980 (Código Penal vigente en ese entonces), que prescribía la declaratoria de inimputabilidad por diversidad cultural y la reintegración del imputado a su medio ambiente cultural, como medida de seguridad, cuando se demostrara que el acusado, al incurrir en una conducta penalmente castigada, se determinó por su condición étnica y cultural. El juez penal denegó la petición, considerando que el acusado tenía conocimiento sobre la nocividad que posee el homicidio para la cultura mayoritaria, y profirió sentencia condenatoria.

A partir de esos antecedentes, el pronunciamiento T-496 de 1996, giró alrededor de dos ejes temáticos: el fuero indígena y la inimputabilidad por diversidad cultural.

En primer término, la Sala introdujo el concepto del fuero indígena, como una consecuencia jurídica del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas:

“Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”.

Definición precisada posteriormente en la sentencia T-728 de 2002, en los siguientes términos:

“El fuero indígena es el derecho del que gozan los 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 (...)"

Sin embargo, la Corte señaló que para la procedencia o configuración del fuero indígena, no era suficiente la identidad indígena del procesado, sino que debían acreditarse un elemento personal, de acuerdo con el cual "el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad"; y uno geográfico o territorial, "que permite a las comunidades indígenas juzgar conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas".

La concurrencia de tales elementos daría lugar al juzgamiento del indígena por parte de las autoridades de su comunidad; sin embargo, en ausencia de uno de esos factores, el juez encargado de dirimir el conflicto debería tomar en cuenta criterios como el grado de aculturación del sujeto o el nivel de aislamiento de la comunidad, para definir a qué jurisdicción debería asignarse la competencia, bajo parámetros de equidad y razonabilidad.

En segundo término, la Corte se refirió al tratamiento de la persona indígena en el derecho penal mayoritario, a través de la historia, para determinar el sentido de la inimputabilidad por diversidad cultural (en adelante, IDC).

Tras recordar que en el derecho penal la inimputabilidad es entendida como ausencia de conocimiento sobre la ilicitud de un comportamiento, o incapacidad de determinarse de acuerdo con ese conocimiento por motivos de inmadurez psicológica, la Sala estimó que ese no podría ser el sentido de la IDC en el marco de la Constitución Política de 1991, donde el Estado reconoce y valora la diversidad, de manera que dicha cualidad no puede asociarse a algún tipo de inmadurez o retraso cultural, sin afectar la dignidad de las personas cultural o étnicamente diversas.

En cuanto a la reintegración del imputado a su medio cultural como medida de seguridad y consecuencia jurídica asociada a la IDC, la Corte estimó que, dentro de los fines que persiguen las medidas de seguridad en el ordenamiento penal solo podría concebirse, como finalidad legítima de la medida, la tutela de la diversidad, mas no la curación y la

rehabilitación, pues ninguna persona debe (y ninguna autoridad puede), perseguir la “curación” de la diversidad en el estado colombiano.

En consecuencia, la IDC impone una obligación en cabeza del funcionario judicial, que consiste en verificar si, en el caso de estudio, el involucrado es una persona indígena y si su forma de entender el mundo incidió en su conducta. En ese evento, se “activaría” el fuero indígena, y la persona debería ser entregada a las autoridades tradicionales de su comunidad con el fin de que estas adelanten su juzgamiento. La diversidad cultural y valorativa se erige entonces como un criterio de interpretación ineludible para el juez, cuando el investigado posee identidad indígena o culturalmente diversa.

16.1.2. En la sentencia C-370 de 2002, la Corte profundizó en el estudio de la IDC. El pronunciamiento tuvo origen en la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por una ciudadana, que alegó la existencia de una incompatibilidad normativa entre la IDC60 y los principios de no discriminación, autonomía jurisdiccional indígena, y diversidad cultural.

Para explicar la naturaleza de la IDC, la Sala Plena comenzó por señalar que el constituyente de 1991 previó un derecho penal del acto, y no del autor, decisión que conlleva la exclusión de la responsabilidad penal objetiva y la concepción de la culpabilidad como límite al poder punitivo del Estado⁶¹. En ese contexto, la imposición de una pena solo es legítima si el ciudadano puede ser objeto de un juicio de reproche, en la medida en que, conociendo la ilicitud de un acto, y teniendo las facultades necesarias para comportarse de acuerdo con esa comprensión, prefiere seguir otra vía, castigada o tipificada por la ley penal⁶².

En ese sentido, cuando ocurre una conducta legalmente prohibida en tanto tipificada por la ley penal, y nociva para la sociedad a la luz del orden jurídico (antijurídica), pero la persona no es culpable pues no comprende esa ilicitud, el respeto por la dignidad humana no permite la imposición de una pena, situación que justifica la existencia de dos regímenes de responsabilidad penal: (i) uno, para quienes conocen la ilicitud del acto y pueden comportarse de acuerdo con ese conocimiento, en el que se prevén penas con fines de rehabilitación o resocialización, prevención y retribución; y (ii) otro, independiente, para quienes no pueden actuar “culpablemente” y, en consecuencia, deben ser declarados inimputables por su inmadurez psicológica o mental y recibir un tratamiento penal consistente en la imposición de medidas de seguridad, con fines de tutela, curación y

protección.

La Corte, entonces, procedió a evaluar si una medida de seguridad por inimputabilidad cultural, en los términos previstos por el legislador en la ley 599 de 2000 resultaba contraria al principio de no discriminación, por otorgar un trato diferencial injustificado a las personas indígenas que incurran en un hecho punible. En primer lugar, estableció la Corporación que la norma acusada solo cobijaba, materialmente, a las comunidades indígenas, pues solo estas poseían, en ese momento histórico, autoridades tradicionales facultadas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

En ese contexto, la Sala Plena se preguntó cuál sería el trato recibido por una persona culturalmente diversa, pero no-indígena, que incurriera en una conducta típica por motivos de diversidad cultural, concluyendo que ese sujeto no podría ser declarado inimputable por diversidad cultural, por la inexistencia de un medio cultural al cual reintegrarlo y de autoridades tradicionales encargadas de juzgarlo, pero tampoco podría ser declarada culpable, ni condenada, pues habría incurrido en un error de prohibición; es decir, en un error derivado de su conciencia cultural y valorativa, de manera que no podría imponérsele un juicio de reproche desde el *ius puniendi* del Estado:

“(…) [E]n ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía”.⁶³

Por ello, la norma cuestionada tendría un efecto paradójico: tratándose de una medida destinada a proteger la diversidad cultural, ubicaba a sus beneficiarios, las personas indígenas, en condición desfavorable frente a otras personas con diversidad cultural, pues mientras el juez penal se abstendría de condenar a quienes se ubican en el segundo supuesto, la norma acusada le ordenaba al juez declarar la inimputabilidad del sujeto, e

imponerle la medida de seguridad de reintegración al medio ambiente:

“(…) [L]as normas acusadas serían inconstitucionales, al menos por los siguientes factores: (….) por violar el principio de igualdad, puesto que para una misma situación fáctica, las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exista una clara justificación para esa diferencia de trato (….) (ii) por desconocer el principio de proporcionalidad” en la faceta de prohibición de exceso y (iii) el carácter del derecho penal como última ratio⁶⁴; (iv) por atentar contra el pluralismo, la integridad cultural y la igualdad entre culturas, y (v) por implicar un “juicio de minusvalía contra ciertas culturas”.

Sin embargo, la Corte consideró que el problema aún no se encontraba por completo zanjado, pues aunque la primera conclusión afirmaba el carácter discriminatorio de la norma, dado que el indígena sería declarado inimputable mientras que el no-indígena culturalmente diverso sería absuelto por error de prohibición, esa absolución requeriría la demostración del carácter invencible del error. Pero es posible imaginar, al menos, dos hipótesis en las que el error de prohibición no tendría ese carácter: (i) cuando la persona tuvo una oportunidad razonable de actualizar su conocimiento sobre la ilicitud de la conducta; y (ii) cuando el error no se produce en el momento cognitivo sino volitivo de la conducta. En tales supuestos, la absolución podría resultar improcedente, o bien, ser desplazada por una rebaja de la pena.

Así, arribó la Corte a una segunda conclusión: el ámbito de aplicación de la IDC es mayor al del error de prohibición, pues el primero se aplica sin consideraciones de grado, ni distinciones entre el momento volitivo y cognitivo de la conducta punible. Por lo tanto, la declaratoria de inexecutable simple de las disposiciones demandadas tendría una consecuencia negativa: haría penalmente responsable al indígena en los eventos no cobijados por el error de prohibición.

En atención a lo expuesto, la Corte decidió condicionar la exequibilidad de los apartes demandados, en el siguiente sentido: (i) siempre que el juez examine un caso en el que se involucre la diversidad cultural, deberá evaluar si el imputado incurrió en un error invencible de prohibición; en caso afirmativo, se impone la absolución del individuo y (ii), la reintegración al medio cultural no debe concebirse como una medida de curación, sanción o rehabilitación; sino exclusivamente de protección a la diversidad cultural. De esta forma, el proceso penal tendría la siguiente orientación:

“a) [perseguir] un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables”.⁶⁵

16.1.3. Posteriormente, en la sentencia T-728 de 2002, la Corte acumuló dos procesos de carácter penal en los cuales se presentaron hechos diversos, y un problema procedimental común: en cuanto a los hechos, uno de los casos se relacionaba con la investigación de un homicidio que tuvo lugar en medio de una riña entre miembros de una comunidad indígena; en el segundo caso, la investigación penal se originó en hechos relacionados con tráfico de estupefacientes. En el proceso, además, se acusaba a la mujer investigada de haber utilizado a su hija, menor de edad, para transportar los narcóticos sin ser detectada por las autoridades de policía. Al efectuar el análisis del segundo caso, la Sala Cuarta de Revisión, planteó interesantes consideraciones en relación con el elemento personal⁶⁶.

En el caso de estudio, el proceso penal se adelantó por el delito de tráfico de estupefacientes, y el transporte de la sustancia ilegal trascendía los linderos del resguardo. La Sala consideró entonces imprescindible tener “en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente el juzgamiento del indígena por parte del sistema jurídico nacional”; o, en otros términos, evaluó si resultaba viable la activación del fuero indígena, en virtud de la IDC.

Para la Sala Cuarta, las circunstancias en que se dio la conducta, especialmente el hecho de que la acusada hubiera utilizado a su hija para la consumación de un hecho punible que trascendió el ámbito territorial del resguardo, permitían concluir que la acusada conocía la ilicitud de ese acto en los mismos términos en que se concibe por la cultura mayoritaria, a raíz de la pérdida de su identidad indígena, razones suficientes para remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

Para culminar este aparte, es oportuno realizar una síntesis normativa de lo expuesto:

Elemento personal

Definición: el elemento personal hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.

Subreglas relevantes:

(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.

(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;

(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.

(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-i) La diversidad cultural y valorativa es un criterio que debe ser atendido por el juez, al abordar casos en los que se encuentren involucradas personas indígenas.

(C-ii) Cuando una persona indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

16.1.4. Como puede verse, el elemento territorial se presentó como constitutivo del fuero desde la sentencia T-496 de 1996, junto con el elemento personal. El factor territorial hace referencia a que la conducta tenga ocurrencia dentro del territorio de una comunidad indígena, y se deriva de la interpretación literal del artículo 246 de la Constitución Política, en donde se explica que la comunidad podrá aplicar usos y costumbres en su ámbito territorial.

Ahora bien, en relación con el factor territorial, la Corte señaló -en la sentencia T-1238 de 2004- que el territorio es un concepto que, en este escenario constitucional debe entenderse en términos de ámbito territorial de la comunidad; estableció la relación de este elemento con la existencia de una institucionalidad adecuada para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena (aspecto que se explica en el próximo acápite, relativo a la sentencia T-552 de 2003), y señaló la posibilidad de considerar un eventual “efecto expansivo” del territorio:

“[E]l territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, [sino también] vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo (...) El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades”. “Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria”.

(...)

“Por otra parte, establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de

la misma comunidad, en condiciones de aislamiento, y que vivían y se determinaban por las pautas de conducta imperantes en su comunidad.” [T-1238 de 2004].

De esa forma, la Sala Quinta de Revisión resaltó que el factor territorial debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura”.⁶⁷

Para el tema que ocupa la Sala, es importante resaltar que el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁶⁸, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal; y que, de conformidad con el fallo citado, el territorio debe considerarse tanto desde el punto de vista físico-geográfico como desde el punto de vista cultural, lo que implica que, excepcionalmente, puede tener un efecto expansivo, lo que ocurriría cuando una conducta punible ocurre por fuera del espacio físico que demarca el territorio colectivo, pero puede ser remitida a él en virtud de sus connotaciones culturales⁶⁹.

Con todo, estima la Sala que estos criterios deben aplicarse con cautela en casos de comunidades indígenas que, por causa de desplazamiento forzado, han tenido que reubicarse o se encuentran en procesos de retorno. Algunas de estas comunidades pueden tener la institucionalidad necesaria para conocer el caso pese a no estar, temporalmente, residiendo en su ámbito territorial.

Elemento territorial

Definición: este elemento hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.

Subreglas relevantes:

(S-iii) De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito necesario para la procedencia del fuero.

(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena. La constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena es el ámbito donde se desenvuelve su cultura.

(C-iv) Por esa razón, excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero culturalmente puede ser remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas.

16.1.5. Sentencia T-552 de 2003; la faceta institucional de la jurisdicción especial indígena: derechos de las víctimas y debido proceso.

En la providencia T-552 de 2003, la Corte abordó una nueva dimensión de la jurisdicción especial indígena, a partir de dos consideraciones trascendentales: el papel de las víctimas en el proceso penal y el alcance del respeto por el debido proceso del acusado.

La presentación de este fallo permite evidenciar un aspecto importante: la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad, pero no poseen el mismo alcance y significado.

El fuero es un derecho fundamental del individuo indígena que se estructura a partir de diversos factores, entre los que se encuentran el territorial y el personal; tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo, y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; el fuero, finalmente, pese a su carácter individual, opera como una garantía para las comunidades indígenas pues protege la diversidad cultural y valorativa.

La jurisdicción especial indígena, por su parte, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, delimitan la competencia de las autoridades tradicionales. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel cardinal, pero no es el único factor determinante de esa competencia pues, como se señaló [Supra, 13], la jurisdicción especial indígena se define en función de la existencia de autoridades, sistemas de derecho propio basados en usos y costumbres tradicionales, y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

Esa institucionalidad es, como se verá, un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso -límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios-, y constituye una garantía primordial para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento, además, permite conservar la armonía de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad.

En la sentencia que se reitera, la Corte revisó una acción de tutela interpuesta por el gobernador del cabildo del resguardo indígena de Caquiona (etnia yanacona), quien alegó que el Consejo Superior de la Judicatura habría incurrido en una vía de hecho al decidir el conflicto de competencias entre las autoridades tradicionales y la jurisdicción ordinaria, especialidad penal, en un caso de homicidio y porte ilegal de armas ocurrido en el resguardo, y en el que tanto el agresor como la víctima eran miembros de la comunidad.

Durante el proceso penal, el Cabildo del Resguardo Caquiona y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior solicitaron remitir las actuaciones al resguardo, en tanto que el representante de la parte civil, y los familiares de la víctima se opusieron al traslado del expediente. La participación de estos últimos puso sobre la mesa la relevancia de los derechos de las víctimas, y la necesidad de determinar su alcance en el escenario constitucional que se estudia.

Consideró la Corte que la resolución de conflictos mediante los instrumentos previstos por

cada comunidad, como elemento de garantía y conservación de las culturas aborígenes y la satisfacción de los derechos de las víctimas en ese contexto, requiere la existencia de cierto poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo.

En lo atinente al contenido de los derechos de las víctimas, la Corte recordó que la jurisprudencia constitucional, y regional, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha establecido que comprenden la persecución de la verdad, la justicia y la reparación⁷⁰, e indicó que dentro de la jurisdicción especial indígena, tales derechos deben entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad. A continuación la Sala profundizará en el alcance de los derechos de las víctimas en el escenario de los conflictos de competencia suscitados entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria:

a. En algunos procesos conocidos por esta Corporación en sede de revisión de tutela, ha sido posible constatar que ciertos sistemas jurídicos de los pueblos originarios contemplan formas para acercarse a la verdad, mediante la reconstrucción colectiva de la memoria; utilizan procedimientos o rituales destinados a la solución de un conflicto con la participación de toda la comunidad, y prevén un amplio espectro de posibilidades de resarcimiento y armonización entre el agresor, la víctima y la comunidad⁷¹. Es para la Sala evidente que, en el marco de la jurisprudencia que se ha reiterado (especialmente en los fundamentos 11-12), es constitucionalmente ilegítimo descalificar esa sabiduría.

En ese sentido, un derecho propio debe concebirse como un sistema jurídico particular e independiente, no como una forma incipiente del derecho occidental o mayoritario, así que el juez debería acercarse a este, en principio, con el mismo respeto con el que persigue obtener conocimiento del sistema jurídico de otro país, si bien existen mínimos constitucionales a los que cada derecho propio debe adaptarse, aspecto que solo corresponde verificar al juez competente (en principio, al juez de tutela, mediante un control posterior vía acción de tutela).

En atención a lo expresado, al respeto por el principio de maximización de la autonomía, y en consideración al amplio número de culturas diversas y de formas jurídicas que en ellas se practican, el control (del juez de tutela o del juez encargado de dirimir el conflicto) sobre el respeto por los derechos de las víctimas debe orientarse, en principio, a verificar la

existencia de una institucionalidad que permita la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados. La verificación del contenido de los usos y costumbres de cada comunidad, escaparía entonces a una evaluación previa sobre su conformidad con la Constitución. Una verificación de tal entidad, señaló la Corte en la sentencia T-552 de 2003, solo sería procedente ex post⁷².

b. Un primer paso para establecer esa institucionalidad, se concreta en la manifestación positiva de la comunidad sobre su intención de conocer y aplicar sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales al asunto en cuestión, previsión que se desprende, a la vez, del carácter dispositivo de la jurisdicción para las comunidades, y se fundamenta en razones históricas y jurídicas: obedece a la reciente aparición de la jurisdicción especial indígena en la Carta Política de 1991, pues antes del reconocimiento constitucional de ese ámbito autonómico, las comunidades indígenas solo podían aplicar sanciones leves para conductas de menor impacto social. Cuando ocurría una conducta punible, se encontraban obligadas a remitir el caso a la Fiscalía General de la Nación, lo que explica que el derecho propio de las comunidades, por regla general, se encuentre en proceso de formación y/o reconstrucción.

“[P]ara 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 (...) 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”.

c. Sin embargo, después de que una comunidad manifiesta que está en capacidad de adelantar un tipo de juicio determinado, no puede renunciar a llevar casos semejantes, sin que medien razones poderosas para ello, en consideración al principio constitucional de igualdad.

d. En casos que puedan considerarse como de “extrema gravedad” (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, la verificación sobre la vigencia del

elemento institucional puede ser más exigente, acudiendo, por ejemplo, a la práctica de pruebas técnicas, pero manteniendo presente que el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzgamiento, usos y costumbres propios que aseguren el principio de legalidad (en términos de previsibilidad y predecibilidad como se explica en el siguiente apartado), y medidas de protección de las víctimas.

e. Por otra parte, el proceso de recreación o reformación del derecho indígena -recién descrito- llevó a la Corte a efectuar algunas consideraciones sobre el alcance del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena.

El principio citado prescribe que una persona solo puede ser juzgada a partir de normas previamente establecidas, por autoridades competentes de acuerdo con la regulación existente en la sociedad, y con apego a los procedimientos previstos por el legislador para el efecto. Por esa razón, el principio de legalidad es un elemento central del Estado de Derecho, pues hace de la ley una garantía fundamental para evitar que la suspensión o limitación de los derechos de los ciudadanos tenga origen en actuaciones arbitrarias de las autoridades.

Concebido en su forma tradicional, es evidente la tensión que surge entre el principio de legalidad y el ejercicio de un derecho propio, constituido primordialmente a través de la tradición oral de las comunidades y -en este momento histórico-, en proceso de reconstrucción. Para solucionar esta aparente incompatibilidad, la Corte ha señalado⁷³ que el alcance del principio estudiado, en la jurisdicción especial indígena, se traduce en la exigencia de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades indígenas, a partir de las costumbres de la comunidad:

“Ya se ha puesto de presente cómo la Corte ha señalado que de cara a la jurisdicción indígena ese principio se traduce en 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 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 proporcionalidad⁷⁴”.

Por ello, para la Sala Quinta de Revisión (citada en este acápite), la decisión adoptada por el Consejo Superior de la Judicatura, consistente en remitir el expediente a la justicia penal ordinaria, en virtud de la inexistencia de un compendio normativo de los usos y costumbres de la comunidad; y en razón a la ausencia de un reconocimiento externo de las autoridades tradicionales del resguardo, presentaba un defecto sustantivo por error de interpretación del artículo 246 de la Constitución Política:

“(…) 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”.

A partir de lo expuesto en este acápite, es posible efectuar una síntesis normativa sobre las subreglas y criterios de decisión relevantes para la evaluación del elemento institucional del fuero.

Elemento institucional

Definición: el elemento institucional (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.

Subreglas relevantes.

(S-v) El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional debe tomar en consideración la existencia de una institucionalidad social y política, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. (S-v.1) el primer factor para determinar la existencia de esa institucionalidad es la

manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso.

Sin embargo, (S-vi) la verificación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de una comunidad indígena y los derechos de las víctimas, por regla general, solo puede ser objeto de un control judicial posterior. (S-vi.1) excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima se encuentra en situación vulnerable, debido a su condición de especial protección constitucional, o en estado de indefensión, el juez encargado de dirimir el conflicto podría realizar una verificación más amplia de la vigencia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas, o de la propia experiencia del resguardo. Sin embargo, el contenido material del derecho propio es ajeno a esa verificación.

(S-vii) El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.

Sin embargo, (S-viii) cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad.

(S-ix) El debido proceso tiene, en el marco de la jurisdicción especial indígena, el alcance de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. Sin embargo, (S-ix.2) no puede exigirse a la comunidad indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o re construcción. Lo que se exige es un concepto genérico de nocividad social.

(S-x) Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural, y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia.

Criterios de interpretación relevantes.

(C-iv) Los derechos de las víctimas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, comprenden la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. El contenido de esos

derechos, empero, varía en el contexto de cada cultura.

(C-v) El principio de legalidad se concibe, en el marco de la jurisdicción especial indígena, como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales.

16.1.6. Finalmente, en la sentencia T-552 de 2003 la Corte introdujo, como tercer elemento definitorio del fuero, el elemento objetivo, al parecer con fundamento en jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura:

“Pero además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la naturaleza del sujeto o el objeto sobre el que recae la conducta” || (...) 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...”.75 76

A juicio de la Sala, la definición del elemento objetivo como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva resulta demasiado vaga, pues no especifica qué tipo de objetos, o sujetos afectados, determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena. Dado que en este proceso el elemento objetivo fue un factor especialmente relevante para el Consejo Superior de la Judicatura, es útil profundizar en el alcance de este concepto.

A pesar de la precisión obtenida a partir de las consideraciones de la autoridad judicial citada, una revisión somera de su jurisprudencia permite concluir que del elemento objetivo han surgido más inquietudes que certezas.

Así, en algunos fallos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura en el escenario que nos ocupa, la competencia se definió exclusivamente, con base en los factores personal y territorial⁷⁸; en otras sentencias, la pertenencia de la víctima al resguardo se estableció como requisito de procedencia del fuero, en atención al elemento objetivo⁷⁹; en algunos pronunciamientos, la Corporación sostuvo una posición un poco más débil, señalando que si bien es relevante determinar la pertenencia de la víctima a la comunidad, de ahí no se deriva una regla definitiva de exclusión de la competencia de la jurisdicción especial indígena⁸⁰; lo anterior, dejando de lado que la víctima en ocasiones se ha ubicado como parte del elemento

personal.

Una última formulación, cuya relevancia parece aumentar en el Consejo Superior de la Judicatura, presenta el elemento objetivo en función de la gravedad de la conducta⁸¹. De acuerdo con esta posición, existiría un umbral de nocividad, a partir del cual un asunto trasciende los intereses de la comunidad por tratarse de un bien jurídico universal y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena⁸². Esa posición ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a sustraer a la jurisdicción especial indígena del conocimiento de asuntos relativos a tráfico de estupefacientes⁸³, secuestro⁸⁴, abuso de menores⁸⁵, y delitos o crímenes de lesa humanidad de manera general.

Esa formulación establece un notable énfasis en el carácter excepcional de las jurisdicciones especiales, y parte de premisas adicionales que vale la pena mencionar: (i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines que persigue su consagración. (iii) Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad que deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, especialmente tomando en cuenta que la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva⁸⁶.

Para determinar el alcance que debe tener el elemento objetivo en la jurisprudencia constitucional, la Sala considera pertinente evaluar la validez de esas premisas, pues tocan aspectos de indudable relevancia constitucional.

Primero, es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, las jurisdicciones especiales tienen un carácter excepcional, y que este Tribunal ha sostenido explícitamente que las normas que confieren competencia a la justicia penal militar deben ser interpretadas restrictivamente⁸⁷. Esta posición, empero, debe ser matizada en el caso de la jurisdicción especial indígena, debido a la necesidad de armonizar el carácter

excepcional de la jurisdicción indígena con el principio de maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes, asociado a su supervivencia como grupos culturales.

Así pues, es claro que para extraer un caso de la justicia ordinaria y remitirlo a la jurisdicción especial indígena deben configurarse todos los elementos que aseguren el ejercicio efectivo de la coerción social en el ámbito territorial de la comunidad o resguardo concernido, en virtud del carácter excepcional de las jurisdiccionales especiales. Sin embargo, frente a la jurisdicción especial indígena, al hacer la evaluación específica de cada uno de los elementos definitorios del fuero, el juez puede adoptar una forma de interpretación más amplia, orientada a garantizar al máximo la vigencia de los derechos colectivos de la comunidad.

Segundo, el Consejo Superior de la Judicatura, como juez natural de los conflictos de competencia entre jurisdicciones puede aplicar, por analogía, criterios que ha desarrollado al definir diversos tipos de conflicto. Sin embargo, al hacerlo, debe respetar el principio de igualdad, eje axiológico y normativo de nuestra Carta Política⁸⁸.

El respeto por el principio de igualdad es uno de los temas cardinales en la jurisprudencia de esta Corporación, y uno de los mayores retos del juez constitucional; por esa razón, una reiteración sobre los principios y reglas que rigen la materia escapa al alcance de esta decisión. Para el aspecto que se aborda, basta señalar que (i) cuando el juez decide extender la consecuencia jurídica que el derecho positivo prevé para una hipótesis determinada a otra situación que considera similar, (ii) el funcionario toma como presupuesto una regla de justicia (en el caso colombiano positivizada en el artículo 13 de la Carta Política) que ordena tratar igual a los iguales, o de forma similar a los similares.

Ahora bien, (iii) la experiencia enseña que dos eventos nunca son por completo idénticos, así que los casos que llegan a conocimiento de los operadores judiciales presentan igualdades parciales y desigualdades parciales⁸⁹, y (iv) corresponde al juez asumir la carga argumentativa de explicar en qué sentido dos eventos son similares desde un punto de vista jurídico jurídicamente relevante, al punto que deben recibir el mismo tratamiento legal; o bien, de qué manera se diferencian y se impone, por lo tanto, un trato desigual⁹⁰.

Para la Sala, la analogía entre el fuero militar y el fuero indígena resulta injustificada si se

basa únicamente en el carácter excepcional de los fueros o en los fines de cada una de las jurisdicciones.

Lo primero porque, como se expresó, la excepcionalidad de los fueros especiales no acarrea necesariamente una concepción restringida de la jurisdicción especial indígena debido al principio de maximización de la autonomía; lo segundo porque los fines de la justicia penal militar están definidos con precisión en los artículos 122 y 216 a 218 de la Fuerza Pública (atañen a la conservación de la seguridad y soberanía nacional, y la protección del ejercicio de los derechos y libertades públicas)⁹¹, en tanto que la diversidad cultural, por definición, presenta una multiplicidad de facetas y fines, dentro de los cuales resultaría difícil establecer el alcance específico de la jurisdicción especial indígena.

Por ello, si bien resulta plausible partir de las funciones y fines de la Fuerza Pública para determinar el alcance de la justicia penal militar, esta operación puede resultar insuficiente en el caso de la jurisdicción especial indígena, asociada a la garantía de una gama de intereses diversos que pueden tener un contenido variable, en un país en el que conviven aproximadamente 90 culturas diferentes⁹²: a manera enunciativa, entre ellos se encuentran, la supervivencia de formas de vida diversas; la igualdad entre culturas; el pluralismo como principio fundante del Estado; la participación de todos los sectores de la nación; la garantía de la igualdad frente a sectores histórica, social y geográfica marginados; la especial relación de los pueblos aborígenes con la tierra y el medio ambiente; el juzgamiento por parte de personas con las mismas ideas y concepciones; el respeto por las minorías étnicas, etc.

Este análisis permite concluir que una concepción de la jurisdicción especial indígena dirigida de forma absoluta y exclusiva a la solución de asuntos internos de las comunidades originarias, ignora la importancia que la Constitución Política ha dado, en el marco del derecho mayoritario, a la autonomía indígena como fuente de aprendizaje de distintos saberes, y piedra angular para la vigencia de un estado pluralista y participativo. (C.P. preámbulo, artículos 1º y 2º). Por lo expuesto, resulta particularmente problemático trasladar doctrinas desarrolladas para otros fueros y otras jurisdicciones al fuero y jurisdicción indígena, si no se verifica que ese “trasplante” sea compatible con el principio de maximización de las comunidades indígenas.⁹³

16.1.7. Un elemento objetivo que respete la maximización de la autonomía y que no exceda los límites legítimos de la autonomía.

a. Los problemas que se han evidenciado en la configuración del elemento objetivo por parte de la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura, consistentes en una extrema vaguedad en la formulación de esta Corporación, y una concepción polisémica del mismo en la del Consejo Superior de la Judicatura, no deben sin embargo, ser un motivo para rechazar el factor objetivo como un concepto relevante para definir la competencia en procesos en que surja un conflicto competencial entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena. Lo que sí resulta imprescindible es determinar con mayor claridad su alcance, naturaleza y límites.

El elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria. Más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para evaluar el elemento objetivo, es evidente que existen tres opciones básicas al respecto: (i) el bien jurídico afectado, o su titular, pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado, o su titular, pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

El elemento objetivo indica soluciones claras en los supuestos (i) y (ii): en el primero, el caso corresponde a la jurisdicción especial indígena; y en el segundo, a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii), el elemento objetivo no resulta determinante para definir la competencia. La decisión del juez deberá pasar por la verificación de todos los elementos del caso concreto y por los demás factores que definen la competencia de las autoridades de los pueblos aborígenes.

Una variante importante del último supuesto es aquella en que el caso reviste especial gravedad para el derecho mayoritario, posibilidad que ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a excluir, de plano, la procedencia de la jurisdicción especial indígena. Para la Sala, ese tipo de decisión no puede establecerse como regla definitiva de competencia, pues acarrea la imposición de los valores de la cultura mayoritaria, dejando de lado la protección a

la diversidad étnica.

Lo verdaderamente relevante, en casos como los mencionados, es que la aplicación del fuero no derive en impunidad, de manera que el examen del juez debe dirigirse a evaluar con mayor intensidad la vigencia del elemento institucional, pues de este depende, según se ha expuesto, la efectividad de los derechos de la víctima.

Elemento objetivo

Definición: el elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Subreglas relevantes:

(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena

(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.

(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-vi) Para adoptar la decisión en un conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional el juez debe tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico afectado.

17. Una vez concluida la sistematización de las reglas referentes a los criterios que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena⁹⁴, resulta oportuno señalar que estos criterios se encuentran íntimamente relacionados y que, en cada caso, el juez debe efectuar una evaluación que los involucre a todos, pues dejar de lado el análisis de uno de los elementos descritos puede llevar a decisiones que vulneren la autonomía de las comunidades indígenas, o le den un alcance susceptible de afectar los derechos de los miembros de la comunidad y de las víctimas de una conducta punible (o socialmente nociva en el marco de una cultura indígena)⁹⁵.

18. Para culminar, la Sala es importante señalar que los conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria no se circunscriben a temas concebidos por el derecho externo como derecho penal. Si bien la sala ha efectuado un recorrido jurisprudencial particularmente enfocado en ese escenario, la facultad de dirimir conflictos sociales trasciende todas las esferas de regulación social, como puede observarse en la reseña de distintos casos conocidos por la sala en el pie de página número 75, en donde se constata que la jurisdicción especial indígena ha asumido el conocimiento de conflictos que el derecho ordinario considera civiles, laborales, penales, e incluso políticos y administrativos, tales como el manejo y distribución de recursos.

Tomando en cuenta que el acto que se controvierte en este trámite es la sentencia que dirimió el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria, la Corte efectuará una breve reiteración sobre las causales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales.

Tutela contra sentencias judiciales; reiteración de jurisprudencia.

19. La Corte Constitucional ha establecido una línea jurisprudencial uniforme y consistente

sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir fallos judiciales, manteniendo al máximo la independencia y autonomía judicial, así como la estabilidad jurídica, mediante el establecimiento de criterios formales y materiales de procedibilidad de la acción. Estas causales fueron establecidas y unificadas por la Sala Plena de la Corporación en la sentencia C-590 de 2005, como se explica:

19.1. Al estudiar la procedencia de la acción de tutela, cuando esta se dirige a controvertir un fallo judicial, el juez debe constatar que se cumplen los siguientes requisitos formales⁹⁶, que no son más que los requisitos generales de procedibilidad de la acción, adecuados a la especificidad de las providencias judiciales: (i) que el asunto sometido a estudio del juez de tutela tenga relevancia constitucional⁹⁷; (ii) que el actor haya agotado los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios, antes de acudir al juez de tutela; (iii) que la petición cumpla con el requisito de inmediatez, de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; (iv) en caso de tratarse de una irregularidad procesal, que ésta tenga incidencia directa en la decisión que resulta vulneratoria de los derechos fundamentales; (v) que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que ésta haya sido alegada al interior del proceso judicial, en caso de haber sido posible; (vi) que el fallo impugnado no sea de tutela⁹⁸.

19.2. En segundo término, el juez debe constatar que se presente alguna de las causales genéricas (materiales) de procedibilidad de la acción, ampliamente elaboradas por la jurisprudencia constitucional: defecto orgánico⁹⁹ sustantivo¹⁰⁰, procedimental¹⁰¹ o fáctico¹⁰²; error inducido¹⁰³; decisión sin motivación¹⁰⁴; desconocimiento del precedente constitucional¹⁰⁵; y violación directa a la constitución¹⁰⁶.

19.3 Además, la Corte Constitucional ha establecido que la amenaza o violación a un derecho fundamental, es condición sine qua non para la procedencia material del amparo.

20. El defecto fáctico como causal genérica de procedencia de la tutela contra sentencia judicial:

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación¹⁰⁷, este defecto se produce cuando el juez toma una decisión sin que se halle plenamente comprobado el supuesto de hecho que legalmente la determina¹⁰⁸, como consecuencia de una omisión en el decreto¹⁰⁹ o valoración de las pruebas; de una valoración irrazonable de las mismas; de la suposición de

una prueba, o del otorgamiento de un alcance contraevidente a los medios probatorios.

El defecto fáctico puede darse tanto en una dimensión positiva¹¹⁰, que comprende los supuestos de una valoración por completo equivocada, o en la fundamentación de una decisión en una prueba no apta para ello, así como en una dimensión negativa¹¹¹, es decir, por la omisión en la valoración de una prueba determinante, o en el decreto de pruebas de carácter esencial¹¹².

La procedencia de la tutela para remediar un defecto fáctico obedece a que, a pesar de las amplias facultades que posee el juez natural para el análisis del material probatorio, el funcionario debe actuar de acuerdo con los principios de la sana crítica, es decir, con base en criterios objetivos y racionales.¹¹³

Sin embargo, la Corporación ha sido enfática en señalar, además, que la intervención del juez de tutela en este ámbito es extremadamente reducida, pues el respeto por los principios de autonomía judicial, juez natural, e inmediatez, impide que el juez constitucional realice un examen exhaustivo del material probatorio¹¹⁴; por ello, las diferencias de criterio en la apreciación de una prueba no constituyen errores fácticos. La procedencia de la tutela está condicionada a que el error sea ostensible, y tenga incidencia directa en la decisión que se pretenda controvertir.¹¹⁵

21. El defecto sustantivo como causal de procedencia de la tutela contra sentencias.¹¹⁶

Esta Corporación ha caracterizado este defecto como la existencia de una falencia o yerro en una providencia judicial, originada en el proceso de interpretación y aplicación de las normas jurídicas al caso sometido al conocimiento del juez. Para que el defecto dé lugar a la procedencia de la acción de tutela, debe tratarse de una irregularidad de alta trascendencia, que lleve a la emisión de un fallo que obstaculice o lesione la efectividad de los derechos constitucionales. En tal sentido, expresó la Corte en la sentencia T-462 de 2003:

“... una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador¹¹⁷, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales,

la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente¹¹⁸ (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes¹¹⁹ (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva.”

En los recientes fallos T-018 de 2008 y T-757 de 2009, la Corte ha estructurado los siguientes supuestos de defecto sustantivo:

“3.2.1 Ha señalado la jurisprudencia de esta Corporación que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto¹²⁰, bien sea, por ejemplo (i) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, (iii) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional¹²¹, (iv) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional¹²² o, (v) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecúa a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”¹²³

22. En cuanto a la interpretación errónea¹²⁴, se trata de la causal más restringida de procedencia de la tutela por defecto sustantivo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la interpretación de la ley es un campo en el que se manifiestan con especial intensidad los principios de independencia y autonomía judicial. En efecto, al aplicar los textos legales, el juez se enfrenta a diversas posibilidades hermenéuticas, y no corresponde al juez constitucional señalar cuál es la “correcta”, o la más conveniente para la resolución de un caso específico. El funcionario judicial, al administrar justicia, debe estar a salvo de injerencias indebidas que afecten su imparcialidad y la sujeción debida al orden jurídico (artículo 230 C.P.).

Sin embargo, es claro para la Corporación que la independencia y autonomía del juez no son absolutas¹²⁵, pues el carácter normativo de la Constitución (Artículo 4º C.P.), la obligación

de dar eficacia a los derechos fundamentales (Artículo 2º C.P.), y la primacía de los derechos humanos (Artículo 5º C.P.), comportan la vinculación de todos los poderes y autoridades públicas a las normas constitucionales¹²⁶. Finalmente, para hacer efectivo el principio de igualdad de trato en la aplicación de la ley, los jueces se encuentran ligados a la interpretación dada a las normas jurídicas por los órganos de cierre de cada jurisdicción, a menos de que argumenten de manera suficiente y razonable, una posición diferente.

III. Del caso concreto.

A partir del marco jurisprudencial expuesto, pasa la Sala a estudiar el caso concreto. Para tal efecto, se hará referencia a (i) la legitimación por activa; (ii) el análisis formal de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial; el (iii) estudio de los cargos de fondo (defectos materiales) en la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura; (iv) la determinación de la competencia en el asunto sub exámine; y (v) el alcance de la decisión.

1. De la legitimación para actuar.

La legitimación para actuar es uno de los presupuestos procesales y, por lo tanto, del derecho de acudir ante la jurisdicción. En el caso de la acción de tutela, el decreto 2591 de 1991 (artículo 10) establece cuatro hipótesis para la configuración de la legitimación por activa: (i) la presentación de la acción por la persona afectada, (ii) la interposición mediante representante judicial; (iii) la agencia oficiosa, y (iv) la intervención del Defensor del Pueblo o los personeros municipales.

En el presente proceso, debe analizarse la legitimación del señor Silvio Antonio Lagos Tovar, gobernador del cabildo del resguardo de Túquerres para actuar en representación de la comunidad indígena de Túquerres; y la legitimación de la misma persona para ejercer oficiosamente la defensa del derecho fundamental al debido proceso (juez natural) de 'Mario'.

En los fallos de instancia se consideró que el peticionario no estaba legitimado para actuar como agente de 'Mario', lo que derivó en la declaratoria de improcedencia (parcial en primera instancia, integral en segunda instancia) de la acción de tutela. El peticionario argumenta que la Corte Constitucional ha considerado que las autoridades tradicionales de los resguardos indígenas pueden actuar como agentes de los intereses de los miembros de la

comunidad, supuesta su aquiescencia (T-552 de 2003).

Al respecto, la Sala estima que no cabe ninguna duda sobre la legitimación del señor Silvio Antonio Lagos Tovar para actuar en nombre de la comunidad de Túquerres, pues (i) la jurisprudencia constitucional ha señalado que los derechos autonómicos de las comunidades indígenas tienen el rango de fundamentales; y (ii) el peticionario, como Gobernador del resguardo de Túquerres tiene la función de representarlo legalmente.

En cuanto a la agencia oficiosa de los derechos de 'Mario', el proceso plantea un problema interpretativo interesante: en efecto, en la sentencia T-552 de 2003 expresó la Corte que las autoridades de los pueblos indígenas están legitimadas para buscar la protección de los derechos de los miembros de la comunidad ante los jueces de tutela, supuesto su consentimiento.

La discusión radica en si "supuesto su consentimiento" significa que es posible suponer el consentimiento del indígena afectado, salvo declaración expresa en contrario; o si esa expresión significa que obtener el consentimiento es un requisito para el ejercicio de la agencia oficiosa.

La Sala observa que se trata de dos interpretaciones razonables sobre la posición de la Corporación en la materia. Sin embargo, la segunda opción se ajusta de mejor manera a los demás principios que orientan la agencia oficiosa. En efecto, la Corte Constitucional considera esencial el consentimiento del directo afectado, debido a que, sin importar que el agente persiga fines loables, la agencia no consentida atenta contra la autonomía personal y, por lo tanto, contra la dignidad de la persona concernida.

A pesar de ello, en el contexto específico del proceso estudiado, observa la Sala que el señor Gobernador del resguardo de Túquerres presentó buenas razones para generar en el juez constitucional la obligación de hacer uso de sus facultades y verificar oficiosamente el consentimiento del señor 'Mario'.

En ese sentido, el señor Lagos Tovar explicó que (i) Mario le solicitó verbalmente agenciar sus derechos, de conformidad con el carácter oral del derecho pasto; (ii) entre los derechos de los comuneros de Túquerres, contenidos en el Samuk Kawsay (Manual para justicia - y de buen vivir del resguardo), se establece que los miembros de la comunidad tienen derecho a

que las autoridades tradicionales soliciten a la justicia ordinaria la remisión de los casos en los que estimen que la competencia es de la jurisdicción especial indígena.

Tras efectuar la verificación que omitieron los jueces de instancia mediante requerimiento al señor 'Mario', la Sala pudo constar que el mismo, en efecto, solicitó la intervención del gobernador del resguardo para que el caso fuera remitido a las autoridades tradicionales de la comunidad indígena de Túquerres.

Por esas razones, la Sala da por acreditado el presupuesto procesal de la legitimación por activa, tanto para la defensa de los derechos de la comunidad, como para la defensa de los derechos constitucionales del señor 'Mario' por parte del señor Silvio Antonio Lagos Tovar.

2. Examen de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales en el caso concreto.

2.1. Relevancia constitucional.

En el presente proceso se plantea el problema de la interpretación del artículo 246 de la Constitución Política, en relación con los artículos 1, 2, 7 y 70 de la Carta, normas que dan origen a los derechos colectivos de los pueblos aborígenes, en tanto definen el estado colombiano como pluralista y participativo; propenden por la igualdad entre las diversas culturas existentes en el país; protegen la diversidad étnica y cultural, y establecen uno de los espacios centrales para el ejercicio de la autonomía de los pueblos aborígenes, aspecto en el que, además de las obligaciones constitucionales, el Estado colombiano ha adquirido obligaciones internacionales concretas, mediante la ratificación de tratados y otros instrumentos relativos a la protección e interpretación de los derechos humanos de los pueblos aborígenes (Ver, fundamentos 9-12).

Además, en este proceso, ese problema se encuentra relacionado con un tema especialmente sensible para la sociedad y el orden jurídico nacional e internacional, como lo es la integridad sexual de una menor de edad, sujeto de especial protección constitucional y persona en estado de indefensión, cuyo bienestar concierne a todos los asociados del Estado, incluidos los pueblos aborígenes. Esas consideraciones son suficientes para apreciar que se trata de un asunto de especial relevancia constitucional (Ver, fundamentos 1-7).

2.2. Que se hayan agotado todos los mecanismos judiciales idóneos y adecuados, ordinarios

y extraordinarios antes de acudir a la acción de tutela.

Como se explicó, en ausencia de una ley de coordinación interjurisdiccional, que corresponde expedir al Congreso de la República por mandato constitucional, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 256 de la Carta Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura es el órgano competente para resolver los conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria, y esa decisión no es susceptible de recursos judiciales.

En este proceso, se controvierte el pronunciamiento proferido por la Sala Jurisdiccional el Consejo Superior de la Judicatura el 4 de febrero de 2009, por medio del cual se dirimió conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria, especialidad penal, para conocer del delito de acceso carnal en contra de 'Mario'. Estando en firme el pronunciamiento, y ante la ausencia de medios judiciales para controlar la conformidad de la decisión con la Constitución Política, el requisito se encuentra cumplido.

2.3. Requisito de inmediatez.

De acuerdo con la información contenida en el expediente, la sentencia que se controvierte fue promulgada el cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009), y la acción de tutela se interpuso el trece (13) de abril de dos mil nueve (2009). Es decir, aproximadamente dos meses después del fallo.

Esta Corte ha explicado que el establecimiento de un término perentorio para el ejercicio de la acción de tutela es inconstitucional, pues no puede ponerse término a la protección de los derechos fundamentales. Sin embargo, también ha expresado que la acción debe interponerse dentro de un plazo razonable.

2.4. Que, en caso de tratarse de un problema procedimental, se haya alegado dentro del proceso ordinario.

En este proceso se discute la ocurrencia de defectos de tipo sustantivo, fáctico y procedimental en la sentencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura para dirimir el conflicto jurisdiccional que se dio entre el Sistema Jurídico Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena con ocasión del presunto abuso sexual cometido contra la menor 'Claudia'.

Sin embargo, no existe un cargo que hubiera podido alegarse en el trámite llevado a cabo por la autoridad judicial accionada, pues la controversia se enfoca en las conclusiones normativas a las que arribó el Consejo Superior de la Judicatura al dictar sentencia. Como se trata de un procedimiento de única instancia, tampoco era posible para el peticionario alegar su inconformidad mediante el ejercicio de recursos procesales. Se concluye, por lo tanto, que el requisito está acreditado.

2.5. Que el actor identifique, de forma razonable, los hechos que generan la violación y que esta haya sido alegada en el proceso judicial, en caso de haber sido posible.

Como se explicó al establecer el problema jurídico a resolver, el actor considera que la decisión del Consejo Superior de la Judicatura vulnera los derechos fundamentales a la autonomía jurisdiccional del resguardo de Túquerres; y a la diversidad étnica y cultural, y el debido proceso del señor 'Mario'. Esos argumentos se basan en que considera que la competencia corresponde a la jurisdicción especial indígena, en virtud de que en el caso se encuentran los factores definitorios del fuero indígena. Esa misma posición es la que lo llevó a solicitar la remisión del expediente al resguardo de Túquerres, de manera que el requisito está satisfecho.

2.6. Que el fallo controvertido no sea una sentencia de tutela.

El fallo controvertido es la sentencia que dirime el conflicto de competencias entre Jurisdicción Especial Indígena y Sistema Jurídico Nacional, no una sentencia de tutela, así que el requisito está acreditado.

3. Examen de fondo de la sentencia controvertida:

A continuación, la Sala procede a estudiar los cargos elevados por el actor contra la sentencia proferida por la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura el cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009), a partir de las subreglas y criterios de interpretación reiterados y sistematizados en esta oportunidad. En caso de determinarse que el Consejo Superior de la Judicatura vulneró los derechos a la autonomía jurisdiccional de la comunidad indígenas, y al debido proceso (juez natural) de 'Mario', deberá anularse todo lo actuado en

el proceso penal adelantado contra 'Mario', por falta absoluta de competencia de la Fiscalía 33 Seccional de Túquerres, el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Túquerres, y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal y remitirse las actuaciones al Cabildo de Túquerres.

Es importante aclarar que la Sala no analizará la corrección de los fallos proferidos por la justicia penal, pues ello escapa al problema jurídico estudiado en esta oportunidad, y porque la procedencia de la tutela frente a las decisiones adoptadas por el proceso penal estaría condicionada al ejercicio de los recursos judiciales extraordinarios (recurso extraordinario de casación y/o de la acción de revisión).¹²⁷

3.1. De los cargos elevados por el actor.

3.1.1. Defecto fáctico.

De acuerdo con el peticionario, el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en un defecto fáctico por considerar que el señor 'Mario' sufrió un proceso de pérdida de la identidad indígena porque, de acuerdo con declaraciones de la víctima, la invitó a hacer lo que hacen en la televisión, con el fin de consumar una agresión contra su integridad sexual. Esa declaración, a su juicio, no es prueba suficiente del hecho y no permite concluir que 'Mario' perdió su condición de indígena.

Al respecto, estima la Sala que el cargo es infundado en cuanto a la descalificación del testimonio de 'Claudia' como medio de prueba, pues las declaraciones de los menores víctimas de este tipo de delitos merecen credibilidad, y solo pueden ser rechazadas mediante un concienzudo análisis del conjunto de los medios probatorios aportados al proceso. La segunda parte del cargo, empero, sí resulta acertada pues el Consejo Superior de la Judicatura le atribuyó una conclusión insostenible a la afirmación recién mencionada, por tres razones:

En primer término, porque es un hecho notorio que la televisión, a pesar de ser un invento propio de la cultura occidental, se encuentra diseminada en todos los lugares del país. Es irrazonable, entonces, inferir que un indígena pierde su identidad o conciencia étnica por referirse a este tipo de dispositivos pues el contacto con estos es, actualmente, inevitable.

En tercer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, con apoyo en instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT ha expresado que en la definición de la identidad indígena confluyen dos factores esenciales: la consideración del individuo como indígena, y el reconocimiento de su comunidad como un miembro de ella¹²⁸.

Dado que en este proceso se aportaron certificaciones de las autoridades indígenas del resguardo de Túquerres sobre la calidad de indígena de 'Mario', su condición étnica solo podría ser desvirtuada por medio de pruebas de mayor entidad, y no a partir de una interacción accidental del indígena con la cultura mayoritaria.

Ahora bien, como se expresó en los fundamentos del fallo, es posible desvirtuar el elemento personal cuando las circunstancias del caso concreto permiten determinar que la persona ha sufrido un proceso de pérdida de identidad cultural o "aculturación", siempre que esa situación tenga incidencia en el hecho punible (o nocivo) investigado. (Ver, supra - "Elemento personal"; C-ii)

Al parecer, la autoridad judicial accionada intentó aplicar este criterio en el caso de estudio, pero su valoración sigue siendo inaceptable desde esa perspectiva pues, en este caso, "la invitación a hacer lo que hacen en la televisión", en principio, no podría asociarse automáticamente con una conducta penalmente castigada, pues los tipos penales relacionados con la protección de la integridad sexual de personas de 14 o más años de edad, son acto sexual violento o sobre persona en incapacidad de resistir.¹²⁹

La Sala no afirmará que esa relación entre la invitación a ver televisión y la comisión de un hecho punible pueda darse en algún caso, pues ello correspondería al juez penal, pero recalca que la relación que establece el Consejo Superior de la Judicatura no es evidente, ni tiene la entidad necesaria para considerar que un proceso de aculturación incidió en la comisión de un hecho punible (o de un desequilibrio, en términos del derecho propio de Túquerres).

De conformidad con lo expuesto, la consideración del Consejo Superior de la Judicatura sobre la supuesta "aculturación" del individuo investigado se edifica sobre una interpretación contraevidente de los medios de prueba. Además, de acuerdo con los antecedentes de esta providencia, ese error tuvo incidencia en el sentido del fallo, en la medida en que constituye uno de los dos pilares de la argumentación de la autoridad judicial demandada. A

continuación, la Sala se referirá al segundo fundamento central del fallo controvertido.

3.2. Defecto sustantivo por interpretación errónea del artículo 246 de la Constitución Política.

El cargo sobre defecto sustantivo se cifra en el alcance dado por el Consejo Superior de la Judicatura al artículo 246 de la Constitución Política, según el cual esa disposición constitucional incorpora una regla que excluye de la competencia de la jurisdicción especial indígena, asuntos que involucren menores de edad.

Como presupuesto del análisis sobre la interpretación del artículo 246 de la Constitución Política es importante efectuar una aclaración previa, con implicaciones en el análisis del cargo:

El Consejo Superior de la Judicatura es el órgano competente para efectuar la interpretación de las normas aplicables a los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones (artículos 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia); sin embargo, cuando la autoridad judicial referida dirime conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria interpreta y aplica directamente la Constitución Política, pues el Congreso de la República no ha proferido la ley de coordinación interjurisdiccional pertinente. Por esa razón, este Tribunal ha sostenido que, hasta que se promulgue esa ley, las reglas para la solución de conflictos entre jurisdicción especial indígena y jurisdicción ordinaria son fijadas, de forma conjunta, por la jurisprudencia de esta Corporación y la del Consejo Superior de la Judicatura.

Esta aclaración es relevante para analizar el defecto sustantivo por interpretación errónea pues, por regla general, la Corte considera que la interpretación de la ley corresponde, en primer término al juez natural. En este evento, sin embargo, el respeto por la autonomía e independencia del Consejo Superior de la Judicatura, debe ser armonizado con la necesidad de unificar y sistematizar la interpretación del artículo 246 de la Carta Política.

3.2.1. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada en esta oportunidad –en buena medida coincidente con la del Consejo Superior de la Judicatura como puede verse en los fundamentos de esta providencia–, el artículo 246 Superior establece el alcance y límites de la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas. Además, de conformidad con la

síntesis normativa efectuada en este fallo, la competencia de la jurisdicción especial indígena está determinada por elementos de carácter personal, territorial, institucional y objetivo.

El fallo del Consejo Superior de la Judicatura centra el análisis del conflicto en los elementos personal, territorial y objetivo, y resalta que el último de ellos es determinante para definir el caso estudiado, pues la jurisprudencia de esa Corporación sostiene que la jurisdicción especial indígena carece de competencia para conocer casos en los que esté involucrado un menor de edad.

3.2.2. Tres aspectos de la argumentación del Consejo Superior de la Judicatura llaman la atención de la Sala: (i) la exclusión del elemento institucional del análisis de competencia; (ii) el carácter prevalente que el Consejo Superior de la Judicatura da al elemento objetivo; y (iii), la formulación de la regla según la cual la jurisdicción especial indígena no tiene competencia para pronunciarse sobre asuntos que involucren el interés de menores de edad.

a) En relación con el primer punto es importante señalar que el elemento institucional ha sido definido por la jurisprudencia de esta Corporación como la existencia de (i) usos y costumbres, autoridades tradicionales, y procedimientos propios para adelantar un juicio en la comunidad indígena concernida, que (ii) permita acreditar que las autoridades tradicionales poseen cierto poder de coerción para aplicar la justicia propia. Además, ha expresado este Tribunal que ese elemento tiene relación con (iii) la protección del derecho fundamental al debido proceso del investigado, y (iv) la eficacia de los derechos de las víctimas. (Ver, supra. “Elemento institucional”. Definición y subreglas v, vi.1 y ix, y criterio de interpretación v).

Por esa razón, en concepto de esta Sala, la omisión del análisis del elemento mencionado en un caso de especial trascendencia e impacto social como el que en esta oportunidad se estudia, resulta particularmente inconveniente, pues la vigencia del elemento institucional es esencial para que las decisiones de la jurisdicción especial indígena sean eficaces en la conservación del orden social.

El elemento institucional, además, no es ajeno a la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura, como se expresó en los fundamentos del fallo y, (v.gr. en el proceso estudiado en la sentencia T-552 de 2003). Por lo tanto, la omisión señalada constituye un desconocimiento del precedente constitucional en la materia, y del precedente horizontal del

Consejo Superior de la Judicatura, que atenta contra la eficacia del principio de igualdad constitucional, en la dimensión de igualdad en la aplicación de la ley.

b) En segundo lugar, el Consejo Superior de la Judicatura le otorga preponderancia al elemento objetivo, en armonía con parte de su producción jurisprudencial en la materia (ver, supra. “Elemento objetivo”) y, concretamente, con la orientación que entiende el elemento objetivo como un umbral de nocividad, a partir del cual la jurisdicción indígena carece de competencia, como ocurriría cuando el bien jurídico tiene una trascendencia universal.

Esta regla se muestra incompatible con la jurisprudencia constitucional, tal como ha sido sistematizada en esta providencia, pues la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social o de trascendencia universal, comporta una restricción injustificada de la autonomía de las comunidades indígenas, basada en un universalismo cultural que se opone al “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución Política de 1991 (sobre el concepto, ver sentencia T-254 de 1994), de acuerdo con el cual la forma de vida de cada cultura es igualmente respetable y, en el caso de las comunidades indígenas, sus normas de control social son válidas, siempre que no excedan los límites impuestos por los derechos fundamentales, interpretados de acuerdo con las reglas expuestas en los fundamentos 11-12 de este fallo.

Por lo tanto, los derechos de las víctimas pueden imponer restricciones justificadas a la jurisdicción especial indígena. Sin embargo, esa situación es la precisamente la que ha llevado al desarrollo del elemento institucional. Por lo tanto, es preciso reiterar que, cuando una conducta supera determinado umbral de gravedad social, lo relevante para determinar si el asunto puede ser conocido por la jurisdicción especial indígena es (i) que pueda establecerse de manera razonable que el ejercicio de la autonomía jurisdiccional no se traducirá en impunidad y (ii), que se verifique si el derecho propio prevé medidas de protección para la víctima. (Ver supra, S-vi.1, S-xiv y S-xv).

c) Por último, la regla general de exclusión de los asuntos que involucren menores del conocimiento de la jurisdicción especial indígena refleja una interpretación errónea del artículo 246 constitucional que, en concepto de la Sala, tiene origen en (i) la ausencia de motivación sobre el elemento institucional; y (ii) el alcance dado al artículo 44 de la Constitución Política.

En tal sentido, el Consejo Superior de la Judicatura señaló que la improcedencia (o incompetencia) de la jurisdicción especial indígena en estos casos obedece a la prevalencia de los derechos del menor, lo que supone que, a juicio de esa autoridad, existe una incompatibilidad entre el artículo 44 de la Constitución Política y el artículo 246 Superior.

En virtud de la supremacía de la Constitución Política, y de su integridad como texto normativo, no puede considerarse que sus normas estén en conflicto, consideradas en abstracto, ni superarse esa eventual contradicción normativa mediante la supresión de uno de los dos principios enfrentados¹³⁰.

Los conflictos entre normas constitucionales solo pueden darse en el marco de situaciones específicas en las que la eficacia de un principio no puede lograrse de forma absoluta, sin limitar otro de los mandatos constitucionales. Por ello, debe inferirse que el conflicto encontrado por el Consejo Superior de la Judicatura se da en el marco del caso concreto.

Sin embargo, en ese contexto, resulta extraño que la Corporación accionada no explique en qué momento y/o por qué razón el respeto por los derechos de 'Claudia' entra en tensión con la aplicación del derecho propio del resguardo de Túquerres. Ante la ausencia de motivación sobre el particular, parece necesario concluir (con el Gobernador del resguardo de Túquerres) que el Consejo Superior de la Judicatura no basó esa percepción en hechos comprobados sino en el supuesto de que en la jurisdicción indígena no se respetan los derechos de niños y niñas, lo que constituye un prejuicio y una actitud discriminatoria frente a los pueblos originarios.

Además de ello, es importante precisar el alcance del artículo 44 de la Constitución Política para evaluar la validez de la regla propuesta por el Consejo Superior de la Judicatura sobre la exclusión de la jurisdicción especial indígena en asuntos que involucren menores de edad.

Aunque esta Corporación es enfática en resaltar la condición de sujetos de especial protección de los menores, y la obligación de los operadores judiciales (y de todos los miembros de la sociedad) de atender el interés del menor al momento de adoptar decisiones que los afecten, la interpretación que propone el Consejo Superior de la Judicatura sobre el artículo 44 Superior adolece de dos defectos: (i) efectúa una reducción del alcance normativo de la disposición, y (ii) ignora la forma en que la Corte Constitucional entiende los derechos fundamentales.¹³¹

Así, la parte demandada reduce el contenido del artículo 44 constitucional a una regla de solución de conflictos normativos, sin reparar en que la norma incorpora, en el orden jurídico colombiano, el interés superior del o de la menor¹³², y que ese interés, de conformidad con la jurisprudencia constitucional debe determinarse mediante los aspectos fácticos y normativos relevantes de cada caso y en relación con cada menor individualmente considerado, análisis que no se encuentra en el fallo controvertido. (Ver, fundamentos; 1-7).

Ahora bien, la autoridad judicial demandada no solo redujo el artículo 44 Superior a su inciso final, sino que ese aparte final lo interpretó de una manera que no es armónica con la jurisprudencia constitucional en materia de derechos fundamentales, como a continuación se explica:

Para este Tribunal Constitucional, si bien los derechos fundamentales son prerrogativas de los ciudadanos de la más alta jerarquía normativa, al punto que constituyen límites y vínculos para los poderes públicos y pueden escapar al ámbito decisorial de la mayoría democráticamente elegida, por ser el fundamento y finalidad del estado social de derecho, no tienen una naturaleza absoluta, pues en algunos eventos pueden colisionar con otros derechos y principios constitucionales¹³³, situación que corresponde resolver al juez constitucional, persiguiendo que cada derecho alcance el grado más alto de eficacia posible.

En tal sentido, es pertinente recordar que, con el fin de solucionar las tensiones que pueden darse entre los distintos derechos constitucionales, la Corte ha utilizado, desde tempranos fallos, la técnica de la ponderación, operación que consiste en evaluar, en el marco del caso en que se presenta el conflicto normativo entre dos derechos, los criterios dentro de los cuales la limitación o restricción de un derecho resulta legítima por lograr una mayor eficacia de otro u otros derechos constitucionales (o principios constitucionales)¹³⁴ lo que, de acuerdo con la doctrina más autorizada¹³⁵, se logra mediante una evaluación de (i) la importancia que tienen los bienes jurídicos en conflicto, considerados en abstracto, para la sociedad y el sistema jurídico, en un momento histórico determinado; (ii) el grado de afectación de cada uno de los principios en conflicto; y (iii) la certeza que existe sobre esa afectación, en relación con cada derecho, como se explicará a fondo en el próximo acápite. (Ver, supra 12.3).

En el marco del método de la ponderación, recién descrito, la prevalencia de los derechos del menor se sitúa en el primer momento del examen, es decir, en la relevancia otorgada por la sociedad y el derecho a los bienes en conflicto, en un momento histórico determinado.

Por ello, si bien es natural que un conflicto que se suscite entre los derechos de un menor y otros principios constitucionales sea decidido en favor de los primeros, ello no siempre ocurre así debido a que, en determinadas hipótesis, una restricción muy leve de sus derechos puede representar un significativo aumento en la eficacia de otros derechos y principios constitucionales; o bien, en razón a que, en el caso concreto, no existe certeza sobre la afectación de los derechos del menor, mientras que la restricción sobre el otro principio en conflicto resulta evidente.¹³⁶

En virtud de lo expuesto, debe señalarse que (i) si el Consejo Superior de la Judicatura consideró que existía un conflicto entre los derechos de 'Claudia' y el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, debió (ii) explicar de forma clara y concreta a partir de qué hechos y elementos normativos consideró que podría haber una incompatibilidad entre el interés superior de la menor involucrada en este proceso, y el ejercicio de la jurisdicción especial indígena por parte de las autoridades tradicionales del resguardo de Túquerres; y (iii) perseguir la solución al conflicto mediante un entendimiento adecuado de la prevalencia de los derechos del menor, en los términos señalados por la Sala.

Corolario de lo expuesto es que, en el marco normativo actual, no resulta constitucionalmente legítima una regla jurisprudencial que determine la exclusión absoluta de la jurisdicción especial indígena del conocimiento de casos que involucren menores de edad, si bien el juez encargado de dirimir el conflicto debe adoptar su decisión tomando en cuenta los intereses del menor, y asegurándose de que el derecho propio prevea medidas de protección para él o ella.

De acuerdo con el examen de los cargos recién efectuado, la sentencia proferida el cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009) por el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en defectos de carácter fáctico y sustantivo que se oponen a la vigencia de los derechos de las comunidades indígenas.

Con base en tales consideraciones, procede la Sala a aplicar las subreglas sistematizadas en esta oportunidad al caso concreto.

4. Análisis del conflicto de competencias en el caso concreto.

4.1. Elemento personal.

El elemento personal hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena. (Ver, supra; elemento personal, definición y S-i).

La Sala estima que este elemento se encuentra plenamente acreditado en este trámite, pues las autoridades tradicionales de Túquerres aportaron certificados sobre la condición de indígena de 'Mario', y las partes no plantearon ninguna duda sobre ese extremo probatorio ante el Consejo Superior de la Judicatura.

Además, la supuesta "aculturación"¹³⁷ del individuo, tal como se expresó en el acápite sobre el defecto fáctico, obedece a una valoración probatoria contraevidente. [Cfr. S-i, C-i y C-ii]. La Sala considera que (i) el contexto en el que se dieron los hechos y, particularmente, la eventual referencia a la "televisión" no pone en entredicho la calidad de indígena de "Mario", especialmente, cuando su condición es acreditada por las autoridades tradicionales del resguardo.

4.2. Elemento territorial.

El elemento territorial como factor de competencia de la jurisdicción especial indígena se configura cuando los hechos investigados ocurrieron en el ámbito territorial de un resguardo indígena. [Ver, Elemento territorial; definición, y S-iii].

En lo atinente al elemento territorial, debe tomarse en cuenta que la ocurrencia de los hechos investigados en el territorio del resguardo de Túquerres no fue controvertida en el momento de adelantar el trámite de definición de competencia ante el Consejo Superior de la Judicatura, lo que sería suficiente para dar por acreditado este elemento.

Sin embargo, en sede de revisión de tutela, y a instancias de esta Sala, la señora Irene Rosero López, apoderada de la madre de 'Claudia' para intervenir en este proceso controvierte el factor territorial, indicando que el día en que ocurrieron los hechos, "Mario"

llegó a una vivienda que tiene título privado, y que al salir de ella, al parecer hacia otra vivienda con título privado, se produjeron los hechos objeto de investigación, de manera que no puede afirmarse que se dieron dentro del territorio del resguardo.

Al respecto es preciso reiterar que el elemento territorial se define en función del concepto de ámbito territorial; es decir que, aunado al criterio de ancestralidad definitorio de la propiedad colectiva de la tierra por grupos aborígenes, debe evaluarse en cada caso concreto si los hechos son susceptibles de ser enmarcados en el territorio del resguardo, por ejemplo, porque involucran solo personas e intereses indígenas, o porque se ubican geográficamente por fuera del resguardo, pero involucran instituciones indígenas (ONG, EPS-I, etc.)

En este proceso, la situación es similar a la evaluada por la Corporación en la sentencia T-1238 de 2004, en la cual se analizó la competencia de la jurisdicción especial indígena (autoridades del pueblo cofán), para conocer hechos en los que no era del todo claro que su ocurrencia pudiera ubicarse en el territorio colectivo de la comunidad indígena.

En ese caso, la Corte Constitucional constató que el resguardo se ubicaba en una región habitada tanto por personas indígenas como por campesinos ajenos a la cultura cofán, y señaló que la extensión del territorio hacía difícil determinar si los hechos habían ocurrido en los límites geográficos del territorio colectivo. Sin embargo, estimó esta Corporación que, como el proceso solo involucraba a personas indígenas, y ocurrió en un lugar considerado parte del territorio colectivo por las autoridades cofán, se cumplía el elemento territorial, desde la perspectiva más amplia de ámbito cultural de la comunidad¹³⁸.

El resguardo de Túquerres es también bastante amplio, tanto a nivel geográfico como poblacional, como lo evidencian los censos que agrupan aproximadamente a 15000 indígenas, y se desprende del dictamen del Icanh, en el que también se explica que el pueblo pasto mantienen constante interacción con las personas no-indígenas de distintos municipios de Nariño.

Además, de acuerdo con estudio etnográfico consultado por esta Sala¹³⁹, en la actualidad existe en el resguardo de Túquerres (y en todo el pueblo pasto) una pluralidad de formas de propiedad o tenencia de la tierra, originada en la negociación de tierras del territorio colectivo, pese a su carácter inalienable; en la compra y venta de mejoras entre los miembros de la comunidad; y en la multiplicidad de negocios efectuados bajo la presión de

grupos políticos, entidades crediticias, e incluso grupos armados.

Por ello, en el censo del resguardo aparecen muchas familias con título privado, de manera que el hecho de que la casa a la que llegó 'Mario' sea de propiedad privada no implica que los hechos no hayan ocurrido en el resguardo.

Por otra parte, en el proceso penal se ha sostenido que los hechos se dieron en inmediaciones del lugar denominado Rincón de la Guayaquila, perteneciente a la parcialidad Cajuaza del resguardo de Túquerres. En el marco de todos los aspectos fácticos expuestos, la Sala no puede determinar con claridad si en esa zona conviven personas indígenas con no-indígenas, pero sí está claro que los hechos tuvieron lugar en una zona que hace parte de lo que el resguardo de Túquerres considera su territorio ancestral.

En ese sentido, la intervención de la señora Rosero López no logra desvirtuar que los hechos tuvieron lugar dentro del territorio del resguardo de Túquerres, especialmente si se toma en cuenta que previamente las partes estuvieron de acuerdo sobre este aspecto, y en el proceso penal se ha mantenido que el asunto investigado ocurrió en una de las parcialidades del Resguardo.

Por lo tanto, continúa la Sala con el análisis del elemento objetivo.

4.3. Elemento objetivo.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del bien jurídico afectado y, de manera más precisa, a la ubicación cultural del interés que fue ofendido y/o a la identidad étnica de la víctima. (Ver, supra; elemento objetivo; definición).

Es importante señalar que, como se expuso en los fundamentos del fallo, en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura ha existido controversia sobre si la condición de indígena de la víctima hace parte del elemento personal o del elemento objetivo. Esta Sala considera que la identidad étnica de la víctima hace parte del elemento objetivo, pues esa posición es consistente con la separación entre el concepto de fuero indígena y criterios de definición de competencia de la jurisdicción especial indígena, efectuada en esta sentencia.

Dado que el fuero es el derecho del sujeto indígena para ser juzgado en el marco de su

cultura, es natural que su definición se centre en los factores personal y territorial. La ubicación de la identidad étnica de la víctima en el elemento objetivo permite entender que la condición cultural de esta y el respeto por sus derechos pueden implicar una restricción legítima al fuero, pero en cambio no es una restricción a la autonomía indígena, sino un presupuesto de ella.

Como ocurrió con el factor territorial, en el trámite inicial de este proceso la condición indígena de 'Claudia' fue aceptada por las partes en las actuaciones surtidas ante el Consejo Superior de la Judicatura y las autoridades de la jurisdicción penal.

Sin embargo, actualmente (en sede de revisión) esa condición es controvertida por la madre de la menor, quien señala: (i) que 'Claudia' no es indígena, pues su padre no hace parte de la comunidad de Túquerres; (ii) que su hija fue incluida en el censo solamente para solicitar la competencia en este proceso, pues anteriormente ella buscó la ayuda de las autoridades tradicionales para evitar que su hijo prestara servicio militar, y la comunidad no certificó su condición de indígena; (iii) que el grupo familiar de 'Claudia' no conoce los usos y costumbres de la comunidad; y (iv) que las autoridades tradicionales han mostrado negligencia y "parcialidad" en el trámite de regulación de las cuotas alimentarias de la menor hija de 'Claudia' y 'Mario'.

Como se expresó previamente, esta Corporación ha considerado que la identidad étnica se define mediante (i) la identificación de la persona como indígena (culturalmente diversa); y (ii) la aceptación de la comunidad de la persona como parte de su grupo.

Los argumentos presentados por la madre de 'Claudia' sugieren que podría existir un conflicto entre esos dos criterios; sin embargo, la Sala estima que las declaraciones de la madre de 'Claudia', en realidad llevan a una conclusión diferente a la que ella propone: así, al verificar los censos remitidos por el cabildo de Túquerres, la Sala constató que 'Claudia' se encuentra incluida desde el censo de 2002, lo que desvirtúa que haya sido inscrita solamente para este proceso; además, el hecho de que la madre de 'Claudia' haya acudido a las autoridades indígenas para evitar que su hijo prestara el servicio militar, y para la fijación de la cuota alimentaria que debe pagar 'Mario', para la manutención de su hija indica que sí son personas que hacen parte de la cultura del pueblo pasto.

En tal sentido, parece evidente que las personas que no tienen condición de indígenas no acuden a las autoridades indígenas para solucionar sus asuntos, y que la señora madre de 'Claudia' sí conoce los usos y costumbres de la comunidad y acude a ellos para solucionar distintos asuntos, al punto que la apoderada de la actora lamenta que no se hayan aplicado las sanciones del derecho propio por el incumplimiento en el pago de las obligaciones alimentarias por parte de 'Mario'.

La Sala no desconoce que por residir en inmediaciones del resguardo es posible que la familia de 'Claudia' se haya visto obligada a acudir a las autoridades tradicionales para solicitar su colaboración. Pero lo que se infiere de su intervención, en realidad, no es la carencia de identidad indígena de la menor, sino que su familia desconfía del derecho propio y de las autoridades tradicionales del Resguardo de Túquerres y, por esa razón, prefiere que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria.

Si esa desconfianza es un motivo para remitir el caso a la jurisdicción ordinaria es un asunto que abordará la Sala al examinar el elemento institucional, pues ese factor es el que permite armonizar los derechos de las víctimas y, eventualmente, el interés superior de la menor 'Claudia', con el ejercicio de la jurisdicción especial indígena.

Pero, por otra parte, como se explicó en los fundamentos de esta providencia, el Consejo Superior de la Judicatura utiliza otra concepción del elemento objetivo, en la que lo caracteriza como un parámetro para fijar un umbral de nocividad a partir del cual el ejercicio del derecho propio de las comunidades indígenas estaría proscrito. Dentro de ese parámetro, además, resultan excluidas de la competencia de la jurisdicción especial indígena todas las conductas que involucren bienes jurídicos universales.

La Sala no comparte ese razonamiento pues el elemento objetivo no es decisivo, considerado de forma aislada, para establecer la competencia cuando el bien afectado puede considerarse un interés común (ver, S-xi a S-xiii), como ocurre en este trámite y porque la pretendida exclusión de la jurisdicción indígena del conocimiento de casos que involucren bienes jurídicos "universales" podría acarrear restricciones excesivas a la autonomía indígena.

En esos casos, lo verdaderamente esencial es efectuar un análisis cuidadoso del elemento institucional (Ver, S-xiv y S-xv), pues de este constituye la garantía esencial para (i) la

protección de los derechos de la víctima y (ii) la vigencia del debido proceso del acusado. Por ello, es el elemento institucional el cobra mayor relevancia cuando el asunto investigado es de carácter “penal” (o es un desequilibrio, en términos del resguardo de Túquerres), cuando la víctima es un sujeto de especial protección constitucional, o cuando la gravedad de las conductas implica una exigencia particular al derecho propio, en materia de control social (puede pensarse, al efecto, en casos relacionados con crímenes de lesa humanidad, o delincuencia organizada a gran escala). (Ver, S-vi).

La Sala encuentra entonces acreditado el elemento objetivo y procede al análisis del elemento institucional.

4.4. Elemento institucional:

4.4.1 De acuerdo con las subreglas establecidas por la Corte Constitucional, el elemento institucional (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de instituciones, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social. Además, la dimensión institucional de la jurisdicción especial indígena se relaciona con la protección de las víctimas y con el debido proceso, tanto de la víctima como del agresor. [ver, fundamentos, C-iv y C-v].

4.4.2. Como subreglas concretas pertinentes para el caso concreto, la Sala estableció que (i) por regla general, la simple afirmación de la autoridad indígena de conocer el caso debe considerarse como prueba suficiente del elemento institucional [S-v.1 y S-v.2]; (ii) un control sobre el contenido de ese derecho solo sería viable ex post [S-vi]; y que, (iii) solo de manera excepcional, en eventos de extrema gravedad, o en hipótesis en las que la víctima sea un sujeto de especial protección constitucional, el juez puede ejercer un control un poco más intenso valiéndose de pruebas técnicas que den cuenta de la existencia esa institucionalidad en el resguardo interesado en ejercer la autonomía jurisdiccional. [C-iv].

4.4.3. En este caso, la Corte consideró que, en atención al carácter del delito y la condición de la víctima, sujeto de especial protección constitucional cuyo interés debe ser atendido prioritariamente por todas las autoridades encargadas de adoptar decisiones que la afecten (art. 44 C.P.), resultaba procedente aplicar el último criterio señalado, razón por la cual solicitó diversos dictámenes antropológicos relacionados con la situación del derecho propio

en el resguardo de Túquerres.

4.4.4. De las autoridades académicas consultadas, solo el Icanh prestó su colaboración al presente trámite, mediante un dictamen del cual se extractan a continuación las principales conclusiones relacionadas con el elemento institucional¹⁴⁰:

(i) El resguardo de Túquerres hace parte del pueblo de los pastos, grupo indígena que ha desarrollado importantes esfuerzos por consolidar el derecho propio o derecho mayor, mediante la reconstrucción de sus costumbres y normas de convivencia social, y la interacción con órganos del derecho mayoritario (talleres, cursos, intercambios, redacción de manuales de justicia).

(ii) En algunos resguardos del pueblo pasto se ha adelantado el conocimiento de casos relativos a la protección de la integridad sexual de menores de edad, y se han obtenido resultados que evidencian la protección a la víctima, toda vez que se han establecido diversos castigos para el infractor, se ha impuesto el pago de educación para la víctima, y se ha logrado la armonización de procesos mediante acuerdos entre las familias involucradas y la aceptación de los hechos por el acusado¹⁴¹.

(iii) En el resguardo de Túquerres, la comunidad posee autoridades tradicionales, usos y costumbres, y procedimientos internos de distinto tipo para alcanzar la verdad, sancionar al responsable de un desequilibrio, y perseguir la protección de la víctima.

Sin embargo, (iv) el estudio del Icanh advierte que, de acuerdo con antropólogos que están en Nariño y conocen la situación de distintos resguardos del pueblo pasto, en el resguardo de Túquerres no habría actualmente una interiorización suficiente del derecho propio ni la fuerza coercitiva necesaria para asumir casos como el que se estudia, al que califica el Icanh “de extrema gravedad” (El dictamen se refiere al caso objeto de estudio).

4.4.5. En adición a lo expuesto, debe tenerse en cuenta que (v) el Cabildo de Túquerres ha manifestado su intención por adelantar el conocimiento del caso, e incluso ha explicado ampliamente los distintos componentes del derecho propio aplicado en el resguardo; y que, como se indicó en el elemento objetivo, (vi) tanto la representante de la víctima, como su madre, expresan desconfianza frente a los usos y costumbres, y ante las autoridades tradicionales del resguardo de Túquerres.

Al aplicar las subreglas citadas a los hechos descritos, se encuentra que en el asunto estudiado existe la manifestación de voluntad del cabildo para asumir el proceso; el Icanh afirma que el resguardo de Túquerres hace parte del pueblo pasto y describe cómo, otros resguardos con usos y costumbres similares (de la etnia de los pastos) se ha adelantado el juzgamiento de casos relacionados con la protección a la integridad sexual de menores, con resultados satisfactorios en materia de equilibrio de la comunidad y armonización entre las partes.

Además, tanto el Icanh, como el señor Gobernador del resguardo de Túquerres, refieren que existe en el resguardo un proceso interno de fortalecimiento del derecho propio, que se manifiesta en la reciente redacción de un manual de justicia propia. Finalmente, en el pueblo de los pastos, y en el resguardo de Túquerres en particular, la protección de los menores es un principio que rige la vida social; la afectación de ese bien se considera un desequilibrio particularmente grave para la comunidad, y el orden normativo propio prevé sanciones para la violación, y la aplicación de un agravante cuando la víctima es menor de edad. (ver, antecedentes; pruebas; A y B, intervenciones del Icanh y del gobernador del resguardo).

Con todo, no escapa a la Sala que el Icanh plantea una duda sobre la institucionalidad del resguardo para el conocimiento de casos de “extrema gravedad”, como califica el instituto al asunto que da origen al conflicto de competencias inter jurisdiccional.

Para la Sala, esa afirmación, considerada aisladamente, no es suficiente para desvirtuar la existencia del elemento institucional, pues (i) corresponde a una valoración sobre el contenido del derecho propio, y no una descripción del mismo, y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional una verificación de ese tipo solo sería legítima ex post, por parte del juez constitucional que debiera determinar si se vulneró algún derecho fundamental por parte de las autoridades tradicionales (bien sea de la víctima o del agresor). Pero además de ello, la fuente de esas dudas es el concepto de “antropólogos”, que no son identificados en el concepto, y que no explican concretamente los motivos de esa desconfianza.

A pesar de ello, esa afirmación coincide con la posición de la familia de la víctima, de manera que debe la Sala determinar si de ahí surge un conflicto entre la jurisdicción especial indígena y el interés superior de la menor que deba ser resuelto por el juez constitucional.

La importancia de determinar el interés superior de los menores al momento de adoptar

cualquier decisión que los afecte, ha sido resaltada en los fundamentos 1 a 7 de este pronunciamiento. Además, ese interés debe indagarse en cada caso concreto, frente a cada menor, y en el marco de aspectos fácticos y normativos relevantes.

En este trámite, solo fue posible obtener la participación de la familia de la menor en sede de revisión. Los argumentos presentados por la madre de Claudia y/o por la representante de sus derechos en este proceso se dirigen, como se indicó, a señalar que la familia desconfía de las autoridades tradicionales del resguardo.

Si bien el consentimiento de la víctima no es un requisito para la procedencia de la jurisdicción especial indígena, como tampoco lo es para que un caso sea asumido por la Fiscalía General de la Nación en el derecho mayoritario pues, salvo algunas excepciones (delitos querellables, aplicación del principio de oportunidad, etc.), las autoridades no pueden renunciar a la investigación y juzgamiento de un hecho punible, en virtud de su obligación de asegurar los derechos de los asociados y preservar la paz social, la Sala estima que el interés de la menor, o al menos de su familiar, sí se dirige a mantener el caso en la justicia ordinaria.

En este caso, empero, el distanciamiento que se evidencia entre la familia de la menor y las autoridades del resguardo, hace que la situación sea diferente.

En síntesis, el análisis del material fáctico probatorio permite inferir que hay un conflicto, al menos potencial, entre dos grupos de principios constitucionales. Este conflicto surge por las dudas manifestadas en el único concepto científico que obra en el expediente, y por el interés explícito de la familiar de la víctima en que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria, a pesar de que el resguardo tiene interés en asumir el juzgamiento del caso y ha acreditado la existencia de un proceso de fortalecimiento del derecho propio.

Como se explicó al estudiar los cargos elevados por el actor contra el fallo del Consejo Superior de la Judicatura, para determinar si la restricción de un principio constitucional es legítima en tanto representa un aumento significativo en la eficacia de otros principios constitucionales, debe establecerse el peso relativo de cada principio en el asunto estudiado, lo que se logra indagando (i) la importancia en abstracto de cada principio en el momento histórico específico del orden jurídico; (ii) la gravedad de la afectación de cada principio, y (iii) el grado de certeza de tal afectación, en atención a la información fáctico-probatoria

disponible.

a) En relación con el peso abstracto de los principios en conflicto, es claro que se trata de intereses normativos del más alto nivel en el orden jurídico actual. Sobre los derechos e intereses de la menor 'Claudia', basta con indicar que el constituyente valoró con tal intensidad su protección, que estableció la única cláusula explícita de prevalencia de la Carta (art. 44 C.P.), en su favor.

Sin embargo, los principios que se encuentran al otro lado de la balanza también son de alta importancia prima facie, pues (i) el debido proceso es la piedra angular del estado de derecho, por ser el principal mecanismo para la erradicación de la arbitrariedad en las actuaciones de las autoridades públicas, especialmente en materia penal, donde el resultado de un proceso puede implicar la restricción de otros derechos fundamentales; y (ii) la autonomía de las comunidades indígenas se dirige a garantizar la supervivencia de culturas minoritarias, que son manifestación del carácter pluralista y participativo de la democracia colombiana, como fue concebida por el constituyente de 1991, lo que ha llevado a esta Corte a establecer una regla de interpretación que persigue la maximización de la autonomía de estos grupos humanos, por parte del juez constitucional.

b) En segundo término, la gravedad de la afectación es también alta para los dos grupos de principios. Para los derechos de 'Claudia', en tanto el proceso penal ha sido considerado por esta Corte como una medida idónea de protección (aunque no la única posible y necesaria) para los menores víctimas de delitos sexuales (T-520 A de 2009). Es importante señalar que el carácter potencial de esa afectación no debe incidir en esta valoración, pues para ello se efectúa el tercer paso del análisis (certeza de la afectación).

En cuanto a los derechos a la autonomía jurisdiccional de las autoridades de Túquerres y el debido proceso de 'Mario', la afectación es también grave si el caso lo conoce la justicia ordinaria. Para el resguardo, debido a que las autoridades tradicionales manifestaron su interés por asumir el juzgamiento del asunto; y porque la justicia propia se fortalece mediante su ejercicio continuo. Para el debido proceso de 'Mario', es razón a que su condición de indígena se encuentra acreditada, así que, en principio, su juez natural son las autoridades del resguardo, quienes comparten su visión cultural.

c) Sin embargo, al evaluar la certeza de la afectación de cada derecho, resulta evidente que

en el caso de los derechos de la menor no existe certeza alguna sobre su afectación. Y es evidente porque lo que se ha mencionado en el proceso son, precisamente, dudas al respecto, algunas de ellas demasiado vagas, como se ha explicado. En cambio, existe certeza sobre la afectación de la autonomía de la comunidad indígena y el debido proceso de 'Mario' si el caso es asumido por la jurisdicción ordinaria.

Por lo tanto, la Sala concluye que, aunque los bienes en conflicto son de la mayor importancia para el régimen constitucional, y debe considerarse grave la afectación de los mismos en caso de producirse, la ausencia de certeza sobre la real amenaza de los derechos de la menor, lleva a dar prevalencia a la protección de la autonomía de la comunidad y al debido proceso del señor 'Mario', elementos centrales del sistema democrático, participativo y pluralista del estado colombiano, y cuya afectación se considera cierta, en caso de mantener la competencia en la justicia penal del derecho mayoritario.

5. Alcance del amparo.

Para determinar el alcance de la decisión que adoptará la Sala, es necesario realizar algunas consideraciones adicionales:

5.1. Esta Corporación ha establecido que, cuando el juez constitucional verifica una eventual violación a intereses iusfundamentales, mediante el conocimiento de una acción de tutela, su tarea consiste en verificar si la decisión controvertida es compatible con la efectividad de los derechos constitucionales. En caso de encontrar que esa condición no se cumple, su deber es declarar la violación de tales derechos, y ordenar que el trámite judicial ordinario se reinicie desde el momento en que ocurrió la violación.

El juez natural, entonces, debe proferir una nueva decisión, ajustada a los principios constitucionales, pero manteniendo su autonomía para el análisis de las pruebas y la interpretación de las normas legales aplicables.

5.2 En casos relacionados con conflictos entre Sistema Jurídico Nacional y jurisdicción especial indígena, esta Corporación ha seguido una línea de acción diferente (cfr. sentencia T-728 de 2002), con base en las siguientes razones:

La definición de competencias debería surtirse al inicio (o incluso antes del inicio) de un

proceso judicial, por ser un presupuesto para el conocimiento de un caso por parte del juez. Por esa razón, la competencia del órgano que dirime el conflicto, en este caso el Consejo Superior de la Judicatura se limita a establecer en cabeza de quien debe radicarse la facultad de conocer el asunto.

Cuando vía tutela se impugna esa decisión, como ocurrió en esta oportunidad, es plausible que los jueces que asuman el conocimiento con base en la decisión controvertida profieran a su vez otro tipo de providencias. En caso de constatarse la violación a intereses iusfundamentales, esas decisiones deberían ser revocadas, pero esa posibilidad escapa a la competencia del juez que dirime el conflicto, si bien puede ser aplicada por el juez constitucional, para garantizar la supremacía de la Carta Política.

Por otra parte, a diferencia de otros procesos, en este tipo de trámites el Consejo Superior de la Judicatura interpreta y aplica directamente el artículo 246 de la Constitución Política, por ausencia de regulación legislativa, razón por la cual esa institución comparte la facultad de interpretar con autoridad esa norma con la Corte Constitucional.

Por último, ha expresado la Corte que en estos trámites la devolución del proceso al Consejo Superior de la Judicatura para iniciar nuevamente la definición del conflicto de competencias supone un desgaste excesivo para la administración de justicia y para las partes, que esperan la definición de un asunto en el que están de por medio derechos fundamentales.

5.3. Por las razones expuestas, la Sala abordó el estudio de fondo del conflicto de competencias y, como resultado de ese examen concluyó que la competencia para conocer del proceso corresponde a las autoridades tradicionales del resguardo de Túquerres.

5.3.1 Esa conclusión implica, a su vez, que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en desconocimiento de los derechos fundamentales a la autonomía de la comunidad indígena de Túquerres, y al debido proceso del actor; y que la decisión proferida el 4 de febrero de 2009 debe ser revocada y, en su lugar debe remitirse el expediente al cabildo de Túquerres.

5.3.2. La definición de la competencia en este trámite implica también que las decisiones que fueron proferidas por órganos de la justicia penal se encuentran viciadas de nulidad absoluta, por falta de competencia (defecto orgánico). Es necesario indicar que esta decisión no supone una afectación a los principios de non bis in ídem y cosa juzgada, en virtud de los

efectos retroactivos de la nulidad absoluta. Debe considerarse, en el mismo sentido, que el señor 'Mario' tiene un interés legítimo en presentar la defensa de su caso ante las autoridades tradicionales de Túquerres.

5.3.4. En mérito de lo expuesto, la Sala ordenará al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal, remitir el expediente con todas las pruebas obrantes en él a las autoridades tradicionales de Túquerres.

6. Ahora bien, es relevante mencionar que en su intervención, el Icanh recomendó ordenar que el caso sea conocido por las autoridades de Túquerres, pero en la "modalidad de acompañamiento", para ofrecer mayores garantías a los derechos de 'Claudia'.

Si bien esa medida parece idónea para aumentar la protección de la menor, restaría toda eficacia al amparo otorgado a la autonomía de la comunidad de Túquerres, pues no solo supone una intromisión constante de autoridades externas al resguardo (bien sean del propio pueblo pasto o del sistema jurídico nacional), y porque resulta claro que esa veeduría se ejercería desde la concepción del derecho y las formas jurídicas de la autoridad "acompañante", y no desde el derecho propio del resguardo, pues tales autoridades no tendrían ni la competencia ni el conocimiento suficiente y adecuado para su aplicación.

Además de eso, la Corte Constitucional no puede crear procedimientos de derecho propio, actuando como una suerte de legislador indígena pues carece de competencia para ello, y porque sus formas también se enmarcan en el derecho mayoritario. Por último, una decisión en ese sentido afectaría el derecho al debido proceso, en la faceta correspondiente al principio de legalidad, entendido como previsibilidad o predecibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas, pues se trataría de un procedimiento creado ex post por el juez constitucional.

Sin embargo, como se pudo constatar en los antecedentes del caso, el derecho propio del resguardo sí prevé la posibilidad de contar con la presencia de taitas y médicos tradicionales, por lo que la Sala solicitará al resguardo evaluar la posibilidad de aplicar esa modalidad de asesoría en el presente caso. Lo que debe resaltarse es que este tipo de medidas, a pesar de sus ventajas potenciales para afianzar el elemento institucional de la jurisdicción especial indígena, no pueden ser impuestas por un órgano judicial externo.

En síntesis, la Sala estima que el Consejo Superior de la Judicatura incurrió en un desconocimiento de los derechos fundamentales a la autonomía de la comunidad indígena de Túquerres y al debido proceso de Mario, a partir de una interpretación errónea de los artículos 246 y 44 de la Carta Política, y de una aplicación inadecuada de los distintos elementos que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena. La Sala reitera que no existe actualmente una regla general que le impida a las comunidades indígenas buscar la protección de los menores mediante procedimientos internos, y recalca la importancia de evaluar esa protección mediante análisis cuidadosos (aunque respetuosos) de la institucionalidad del resguardo. Es decir, de su capacidad, a la vez coercitiva y protectora de los derechos de sus asociados.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Levantar la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

Segundo. Revocar los fallos de instancia en tanto declararon la improcedencia de la acción (parcial en primera instancia e integral en segunda instancia), proferidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Cundinamarca en primera instancia el cinco (5) de junio de dos mil nueve (2009), y la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el siete (7) de septiembre de dos mil nueve (2009), y conceder el amparo a los derechos constitucionales a la autonomía jurisdiccional de la comunidad de Túquerres y al debido proceso, en la dimensión del juez natural de 'Mario'.

Tercero. - Revocar la sentencia controvertida, proferida por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura el cuatro (4) de febrero de dos mil nueve (2009), y en su lugar, ordenar la remisión del caso al cabildo de Túquerres.

Cuarto. - Solicitar a las autoridades tradicionales del resguardo de Túquerres que evalúen, en el marco del derecho propio, la posibilidad de contar con la colaboración de taitas y médicos

tradicionales, que brinden pautas de solución al conflicto, de acuerdo con lo expresado por el señor Silvio Antonio Lagos Tovar en su informe a esta Sala de Revisión.

Quinto. - Dejar sin efectos las resoluciones proferidas en el trámite de la referencia por la Fiscalía 33 Seccional de Túquerres, y las sentencias proferidas por el Juzgado Primero (1º) Penal del Circuito de Túquerres, actuando como juez penal de primera instancia, el catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009), y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala de Decisión Penal, como juez penal de segunda instancia, el dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010), por adolecer de defecto orgánico absoluto.

Sexto. - Remítase copia de esta providencia al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, en atención a la solicitud que, en ese sentido, realizaron los profesionales de la institución que rindieron su concepto en este proceso.

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

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comisión

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

ANEXO I.

Subreglas y criterios relevantes para la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena.

Elemento personal

Definición: el elemento personal hace referencia a la pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.

Subreglas relevantes:

(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.

(S-ii) Cuando una persona indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:

(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;

(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá y remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.

(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-i) La diversidad cultural y valorativa es un criterio que debe ser atendido por el juez, al abordar casos en los que se encuentren involucradas personas indígenas.

(C-ii) Cuando una persona indígena comete un hecho punible por fuera del ámbito territorial de su comunidad, las circunstancias del caso concreto son útiles para determinar la conciencia o identidad étnica del individuo.

Definición: este elemento hace referencia a que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.

Subreglas relevantes:

(S-iii) De acuerdo con el artículo 246 de la Constitución Política, la autonomía jurisdiccional se ejerce dentro del ámbito territorial de las comunidades indígenas. Por lo tanto, la ocurrencia de los hechos antijurídicos o socialmente nocivos dentro del territorio de la comunidad indígena, es un requisito necesario para la procedencia del fuero.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-iii) El territorio de las comunidades indígenas es un concepto que trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena. La constitución ha considerado que el territorio de la comunidad indígena es el ámbito donde se desenvuelve su cultura.

(C-iv) Por esa razón, excepcionalmente, el elemento territorial puede tener un efecto expansivo, lo que significa que cuando un hecho ocurre por fuera de los linderos geográficos del territorio colectivo, pero culturalmente puede ser remitido al espacio vital de la comunidad, es aconsejable que su juzgamiento se desarrolle por las autoridades indígenas.

Elemento institucional

Definición: el elemento institucional (a veces denominado orgánico) se refiere a la existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.

Subreglas relevantes.

(S-v) El juez encargado de dirimir el conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional debe tomar en consideración la existencia de una institucionalidad social y política, que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso. (S-v.1) el primer factor para determinar la existencia de esa institucionalidad es la manifestación positiva de la comunidad, en el sentido de tener voluntad para adelantar el proceso.

Sin embargo, (S-vi) la verificación de la compatibilidad entre el contenido del derecho propio de una comunidad indígena y los derechos de las víctimas, por regla general, solo puede ser objeto de un control judicial posterior. (S-vi.1) excepcionalmente, en casos de extrema gravedad o en los que la víctima se encuentra en situación vulnerable, debido a su condición de especial protección constitucional, o en estado de indefensión, el juez encargado de dirimir el conflicto podría realizar una verificación más amplia de la vigencia del elemento territorial, valiéndose de pruebas técnicas, o de la propia experiencia del resguardo. Sin embargo, el contenido material del derecho propio es ajeno a esa verificación.

(S-vii) El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.

Sin embargo, (S-viii) cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad.

(S-ix) El debido proceso tiene, en el marco de la jurisdicción especial indígena, el alcance de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades tradicionales, y la nocividad social de ciertas conductas. Sin embargo, (S-ix.2) no puede exigirse a la comunidad

indígena que acredite la existencia de normas escritas, o de compendios de precedentes para ejercer la autonomía jurisdiccional, debido a que el derecho propio se encuentra en proceso de formación o re construcción. Lo que se exige es un concepto genérico de nocividad social.

(S-x) Resulta contrario a la diversidad étnica y cultural, y a la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, la exigencia de acreditar un reconocimiento jurídico externo de su existencia.

Criterios de interpretación relevantes.

(C-iv) Los derechos de las víctimas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, comprenden la búsqueda de la verdad, la justicia y la reparación. El contenido de esos derechos, empero, varía en el contexto de cada cultura.

(C-v) El principio de legalidad se concibe, en el marco de la jurisdicción especial indígena, como predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales.

Elemento objetivo

Definición: el elemento objetivo hace referencia a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Subreglas relevantes:

(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena

(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado

concierno tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.

(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima.

Criterios de interpretación relevantes:

(C-vi) Para adoptar la decisión en un conflicto de competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional el juez debe tener en cuenta la naturaleza del bien jurídico afectado.

1 Decisiones similares han sido adoptadas por la Corte Constitucional en casos en los que se advierte que un menor puede resultar afectado por la publicación de la información contenida en el expediente de tutela. Ver, entre otras, las sentencias T-523 de 1992, T-442 de 1994, T-420 de 1996, SU-337 de 1999, T-941 de 1999, T-1390 de 2000, T-510 de 2003, T-639 de 2006, T-794 de 2007, T-900 de 2007, T-302 de 2008, T-912 de 2008, entre otros.

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

3 El a quo no se pronunció sobre la eventual configuración de los defectos sustantivo y procedimental.

4 El fallo se adoptó con 3 conjuces, debido a que 3 de los magistrados conformaron la Sala que decidió el conflicto de competencias.

5 Cabe anotar que la sala solicitó concepto antropológico a la Universidad de los Andes, la Universidad Javeriana y la Universidad Nacional, entes universitarios que, o bien guardaron silencio (Universidad Nacional), o indicaron no tener conocimiento sobre el tema (Universidades de los Andes y Javeriana).

6 (En su concepto, el Icanh cita a Miguel Ángel Alpala, El derecho mayor en el pueblo de los pastos.)

7 Siguiendo a Martín Efraín Tenganá. Op. Cit.

8 Sigue a Miguel Ángel Ampala. Op. Cit.

9 En este aparte, el Icanh cita a Martín Efraín Tenganá, Justicia comunitaria indígena: una mirada desde la reivindicación del pueblo indígena de los pastos; 2005.

10 Siguiendo a Martín Tengana. Op cit.

11 Se cita como fuente una comunicación con Martín Tengana, indígena pasto experto en asuntos de derecho propio.

12 “K. Las peleas de marido y mujer ... el maltrato físico, verbal y psicológico de los niños, niñas y ancianos, es un delito. El delirante [delincuente] es publicado en asamblea general y se aplica la sanción correctiva consistente en: consejo oral, espiritualidad, curaciones chamánicas, trabajo comunitario, asistir a mingas de pensamientos, refrescamiento de la memoria y ser aislado de la familia por un tiempo”. (Se refiere el Icanh al texto “El derecho mayor en el pueblo indígena de los pastos”).

13 “N. El abuso sexual es delito grave, degradante y reprochable, que el Derecho Mayor por ningún punto de vista lo permite, la persona que comete este delito es considerado como un delincuente de alta peligrosidad y se le impone sanciones como: trabajar 2 días en semana para la víctima, indemnización económica, consejo oral, refrescamiento de la memoria, se le quitará los beneficios que la ley tiene establecido, la sentencia se le aplicará en asamblea de indígenas y estará bajo la vigilancia del Cabildo, el Concejo (sic) de Justicia y la Guardia indígena”. (Ibid).

14 “O. Si la violación fuere a un menor de edad, el delincuente trabajará tres días en semana

a favor de la víctima, indemnización de bienes raíces o económicos, los estudios primarios, secundarios, universitarios y superiores que pueda acceder la víctima correrán por cuenta del delincuente, será amonestado en reunión ordinaria y extraordinaria de la comunidad, consejo oral, el refrescamiento de la memoria drástico y generoso; pero se tiene que tener en cuenta el grado de escolaridad, su estatus social y que tan arraigado está el implicado con la civilización. (Ibid).

15 Señala el Icanh que el pueblo de Túquerres recientemente “habría redactado” el “Manual de justicia propia de Túquerres”, del que es posible inferir la especial relevancia que tiene la protección de los menores para la comunidad pues se prevé la obligación de cuidar a niños y niñas de maltrato físico, trato despectivo, otra forma de violencia, y de garantizar su educación; y el carácter delictivo de los actos sexuales violentos, que se encuentran entre las “causas que generan desequilibrio”: “Violación o intento de violación. Será considerado violación cuando se utiliza la fuerza para obligar a una relación sexual. Recibirá un castigo mayor cuando sea a una menor de edad. Y es considerado un desequilibrio grave”. Sin embargo, esa claro que solo se concibe la fuerza elemento esencial del delito, y no es posible determinar si se conoce otro tipo de actos sexuales abusivos contra menores de edad.

16 El señor Silvio Antonio Lagos Tovar, Gobernador del resguardo de Túquerres, explica que otros aspectos del derecho propio, como los desequilibrios contra la comunidad, la institucionalidad, la Pacha Mama, la oralidad y establecimiento de acuerdos, la propiedad colectiva y ancestral, la paz de la comunidad, se dejan de lado en el informe.

17 Entre los derechos de los miembros de la comunidad se encuentran: (el derecho a) “no ser atropellado por las autoridades blancas, una alimentación acorde con nuestra cultura, respeto al uso de la palabra, ser escuchado por las autoridades propias y tradicionales, recibir apoyo, por parte de la comunidad y las autoridades propias en caso de enfermedad, calamidad doméstica o ... accidente; ser censado; recibir ... recursos y beneficios de programas y proyectos desarrollados por el estado; ser eximido del servicio militar,... ser juzgado al interior de la comunidad. Con base en usos y costumbres (...), a controlar las actividades de las autoridades (...) a recibir atención por parte de las autoridades (...)”, entre muchos otros.

18 Cuando el delito o falta cometido es desobediencia o incumplimiento de actividades

programadas por el Cabildo.

19 Aplicación del artículo 5 del fuero indígena con castigo mínimo de 3 fuetazos de acuerdo a la falta y se aplicarán en asamblea general de la comunidad.

20 El comunero que cometiere faltas graves será recluso en un centro de convivencia indígena y la forma de reclusión se surtirá conforme a lo anunciado en el fallo definitivo, será recluso también cuando se repitan los hechos que provocan desequilibrio, desconociendo el consejo recibido en el juicio el (de) encierro. || Puede ser de un día a 20 años de acuerdo a la calificación del delito y la familia de la persona castigada que cometió el delito tienen (sic) la responsabilidad de aportar la alimentación (de la persona reclusa). || De manera transitoria, mientras se crean los centros de convivencia, las personas encargadas de administrar justicia tendrán la facultad de remitir al infractor a una de las cárceles administradas por el INPEC siempre y cuando se faciliten condiciones de reclusión diferentes a las de los demás internos.

21 Aplica a los comuneros que debiendo cumplir con las obligaciones al interior del resguardo, se abstienen de hacerlo, como por ejemplo prestarse para las acciones de lucha. La ausencia por mas (sic) de 10 años consecutivos sin que se informe el paradero del comunero. Por la comisión de delitos graves, por no cooperar en la organización de políticas para el resguardo, para el bien de la comunidad. Por aprovecharse de la autoridad para sacar provecho personal. Especialmente con la ausencia a las diferentes mingas programadas comunidad o las autoridades.

22 En casos de hurtos menores, incluidas especies, el infractor estará obligado a devolver El Bien, el doble de lo que se hubiere robado, y en caso de que sea imposible su devolución material por destrucción, se compensará en dinero.

23 Esta causa será aplicada en los eventos en que no se quiera cumplir con las obligaciones contraídas, en este caso se retendrán y asignarán las petencías (sic) a la o las personas que adeude (sic).

24 Sentencia de catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

25 Sentencia de deciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010). Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Pasto. M.P. Jesús Ángel Bobadilla Moreno.

26 La señora Irene Rosero López adjunto poder suscrito por los padres de la menor, mediante escrito radicado en la Secretaría de la Corporación el día veintiséis (26) de marzo de dos mil diez (2010).

27 Es importante señalar que el actor efectuó un cargo relativo a defecto procedimental, indicando que la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura priva a 'Mario' del derecho a ser juzgado por el juez natural. Ese cargo, evidentemente, está mal enfocado pues el actor no discute que haya habido una vulneración al debido proceso por parte del Consejo Superior de la Judicatura, sino que estima que como consecuencia del fallo, 'Mario' se ve privado de su derecho al debido proceso (juez natural). Si la Sala encuentra fundados los demás cargos, el caso será remitido a las comunidades tradicionales, conjurando de esa manera el supuesto efecto negativo de la decisión.

28 Ver sentencias T-518 de 1992, T-408 de 1995, T-514 de 1998, C-1064 de 2000, C-273 de 2003, T-397 de 2004, T-808 de 2006, T-1073 de 2007, C-061 de 2008 y el expediente T-2.221.881, próximo a publicarse.

29 Sobre la protección especial y el interés superior del menor, resultan relevantes, además, las siguientes disposiciones: artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño: "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"; artículo 3.2. "los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas". Por su parte, el artículo 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prescribe que "todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado"; el artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señala que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de

la sociedad y del Estado”; el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales determina que “se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición”. Así mismo, el principio 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño se refiere a la especial protección de que son beneficiarios los menores, y establece la obligación estatal de brindar recursos necesarios para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, en condiciones de libertad y dignidad, medidas que deben establecerse con atención al interés superior del niño. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en fin, prescribe en su artículo 25-2 que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados de asistencia especiales”, y que “todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

30 Ver, T-397 de 2004; T-2.221.881, próximo a publicarse.

31 Sentencia T-397 de 2004.

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

33 Aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

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

35 Cfr. Convenio 169 de 1989 de la OIT. Artículos 8.1, 8.2, 13-19, 9.1, 9.2, 10 y 12 del Convenio 169; y Declaración Universal sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 3º, 3º, 5º, 34, 46 y, particularmente, 22.2.

36 “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela

constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (CP art. 1 y 7)... Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución. || La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social”. En el fallo citado, la Corte Constitucional fundó la atribución de derechos a las comunidades indígenas en el derecho a la vida y la prohibición de desaparición forzada; y señaló que los principios de pluralismo, democracia participativa, diversidad e integridad cultural obligan a reconocer derechos que trascienden al plano individual. esta Corporación ha considerado que la existencia de mandatos constitucionales y normas de derecho internacional que ordenan la protección de las comunidades y culturas indígenas constituyen razones normativas suficientes para el reconocimiento de este tipo de derechos. En la sentencia T-704 de 2006 se hizo un recuento general sobre los derechos de los que son titulares las comunidades indígenas: “(i) el derecho a la integridad étnica y cultural (sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005); (ii) el derecho a la supervivencia cultural y el derecho a la preservación del hábitat natural de los pueblos indígenas. Sobre este tema ver entre otras las sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.; (iv) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas³⁶ (sentencias T-188 de 1993, T-652 de 1998 y C-180 de 2005; (v) el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad indígena Al respecto se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005; (vi) el derecho de los pueblos indígenas a configurar sus propias instituciones jurídicas (sentencia T-1127 de 2001); el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y

procedimientos (T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004, entre otras); (vii) el derecho de las comunidades indígenas a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros (T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998); (viii) el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos (SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003) y de forma reciente, C-461 de 2008, C-030 de 2008 y C-175 de 2009) y el derecho a acudir a la justicia como comunidad (T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU- 510 de 1998; T-652 de 1998”.

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

38 Desde tempranos pronunciamientos, la Corte se refirió a las tensiones que pueden darse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y el sistema de derechos fundamentales. Así, en la T-254 de 1994, expresó: “mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.³⁸ 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 todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).

39 Este principio fue planteado por primera vez en las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996, y ha sido reiterado en numerosas oportunidades como el criterio esencial para el estudio de casos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas. En la T-349 de 1996 expresó la Corporación: “... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la

maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. sentencia SU-510 de 1998, señaló la Corporación: “En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de lo límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)”.

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

41 *Ibidem*.

42 Sentencias T-349 de 1996, T-496 de 1996 y SU-510 de 1998.

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

44 Ver las sentencias C-139 de 1996, T-254 de 1994, T-346 de 1996 y SU-510 de 1998,

previamente citadas.

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

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

48 En la sentencia T-349 de 1996 se expresó, además: “Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre || [E]ste núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. || A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas.”

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

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

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

52 Cfr. Entre otras, las sentencias T-427 de 1998, C-1287 de 2001, C-210 de 2007, C-417 de 2009, T-023 de 2006, entre otros.

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

En materia de fuero indígena, y del ejercicio de la jurisdicción especial indígena, la Corte ha expresado que, si bien las autoridades indígenas tienen la facultad de decidir qué casos conocen (carácter dispositivo de la jurisdicción), este derecho se limita cuando surge un caso similar a uno que ya fue decidido por la comunidad: en razón al principio de igualdad, la negativa de asumir el conocimiento de un nuevo caso estaría injustificada.

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

54 Esa atribución de un peso superior prima facie puede asimilarse, mutatis mutandi, al “peso” asignado a la libertad de expresión en los conflictos que suelen suscitarse entre esta y el derecho a la intimidad, en consideración a su relevancia para la vigencia de la democracia representativa; o a la preferencia normativa otorgada por la Constitución a los

derechos de los niños. Ciertamente, estos derechos pueden ser derrotados en ejercicios de ponderación, pero al suscitarse conflicto con otros principios parten con un plus que debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de resolver la eventual colisión de principios.

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

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

57 Constitución Política. Artículo 256. “Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones: (...) 6. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. Ley 270 de 1996, modificada por la ley 1258 de 2009, artículo 112: “Funciones de la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura. Corresponde a la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura: 2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades

administrativas a las cuales la ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional”.

58 Del amplio conjunto de pronunciamientos que componen la línea jurisprudencial sobre jurisdicción especial indígena, cabe mencionar las sentencias T-344 de 1998, T-667 A de 1998, T-934 de 1999, reiteraciones de la sentencia hito T-496 de 1996; la sentencia C-127 de 2003 en la que la Corte Constitucional encontró ajustado a la Constitución el sometimiento al código disciplinario único de las personas indígenas que tengan a su cargo el manejo de recursos públicos; la providencia T-1127 de 2001, en la que la Corporación amparó el debido proceso y el derecho a la unidad familiar de un procesado y su madre, ordenando a las autoridades indígenas informarle a la segunda sobre el paradero del primero; el pronunciamiento T-048 de 2002, en el que la Corte amparó debido proceso de indígena condenado a la expulsión del territorio colectivo sin conocimiento del proceso y sin participación en él; así como las recientes sentencias T-811 de 2004, T-1070 de 2005, en las que se aclararon algunos aspectos de las sentencias hito a las que se referirá la Sala, en cuanto a los elementos den fuero. Además, la Corte se ha referido a problemas no solo “penales” en términos de derecho occidental, sino que ha evaluado la aplicación de la jurisdicción especial indígena en temas relativos a la tenencia o posesión de mejoras en el resguardo (T-903 de 2009); servicios prestados por indígenas a autoridades de la comunidad (T-945 de 2007) y asuntos relativos a la distribución de recursos (T-514 de 2009), por mencionar solo algunas de las facetas abordadas por la jurisprudencia constitucional.

59 Si bien las sentencias que a continuación se reiteran son de distinta tipología, por tratarse la primera de un fallo de revisión, y la segunda de un pronunciamiento de constitucionalidad, resulta útil presentarlas en el mismo acápite, pues con ellas se configuran las primeras hipótesis de conflicto entre jurisdicción especial indígena, fuero indígena y sistema jurídico nacional. Es decir, los eventos en que se presenta un hecho punible que solo atañe a la comunidad indígena, y la hipótesis en la que un indígena comete un delito por fuera de su territorio, pero en el que incide su condición de indígena. Además, en ambos casos se previó la diversidad cultural como criterio de interpretación para el juez encargado de dirimir el conflicto.

60 La demanda se dirigió contra los artículos 33, 69 y 73 [parciales] de la ley 599 de 2000

que previeron, respectivamente, la inimputabilidad por diversidad cultural; la reintegración del imputado a su medio cultural, como medida de seguridad, y la extensión temporal de esa medida, que tendría un mínimo de 10 años y un máximo indefinido, según las necesidades de protección del agente y de la comunidad.

61 La Corte reiteró en este aparte los fallos C-239 de 1997, C-425 de 1997 y C-297 de 2002.

62 La pena exige que se pueda realizar un juicio de reproche por el incumplimiento de la norma penal “cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba”. (C-370 de 2002).

63 Sentencia C-370 de 2002.

64 En este aparte, la Corte citó el fallo C-647 de 2001.

65 Cfr. C-370 de 2002; conclusiones; 2.

66 En cuanto lo que toca al problema procedimental, en los dos procesos acumulados, los jueces penales dictaron sentencia condenatoria sin haber dado trámite a sendas solicitudes de las autoridades indígenas para que les fueran remitidos los expedientes. En virtud de lo expuesto, la Corte Constitucional consideró relevante determinar el momento en que debía proponerse el conflicto, y el tipo de decisión que debería adoptar el juez constitucional en caso de omisión por parte de las autoridades judiciales, de su deber de remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura. Dos alternativas de decisión, “excluyentes entre sí y apoyadas en diferentes criterios valorativos y de interpretación”, fueron evaluadas por este Tribunal: (i) Tutelar el derecho al debido proceso de los peticionarios por la omisión de las autoridades judiciales, anular todo lo actuado, y remitir el expediente al Consejo Superior de la Judicatura para dirimir la colisión y determinar la competencia, opción sustentada en el respeto por el principio del juez natural, el apego por las formas propias de cada juicio, y la asignación constitucional de competencias del Consejo Superior de la Judicatura; o bien, (ii) verificar directamente, en el caso concreto, si concurren los elementos del fuero: de no ser así, confirmar la decisión proferida por el juez penal; y, si se presentan los elementos personal y territorial, amparar los derechos fundamentales al debido proceso y la autonomía

indígena, anular lo actuado por la jurisdicción ordinaria, y ordenar la entrega del indígena y las pruebas a las autoridades tradicionales de la comunidad indígena concernida. La Corte Constitucional acogió la segunda alternativa considerando que, si bien es una decisión problemática por avalar la omisión de los jueces de instancia en la remisión del expediente al Consejo Superior de la Judicatura, resulta especialmente valiosa en casos en que el indígena es condenado, pues evita la transgresión de principios como el juez natural; la legalidad del delito, el procedimiento y la pena; y la autonomía jurisdiccional indígena. Además de atender principios de eficiencia, eficacia, oportunidad y celeridad, que informan el derecho de acceso a la administración de justicia.

67 Sentencia T-634 de 1999.

68 Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-703 de 2008, T-955 de 2003, T-013 de 2009, T-514 de 2009; Corte Interamericana de Derechos Humanos : Comunidad Indígena Yakye Axa. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, y Comunidad Mayagna (Sumo) Awaas Tingni v. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001, entre otros.

69 Sobre el tema, es también relevante la sentencia T-945 de 2007, en el que la Corte aclaró que la jurisdicción especial indígena podría conocer casos en los que se encuentren involucradas instituciones de la comunidad, aunque su sede se encuentre por fuera de los linderos del territorio colectivo.

70 Al respecto, remite la Sala a las sentencias C-228 de 2002, C-578 de 2002, C-370 de 2006, C-823 de 2005 y C-979 de 2005.

71 En el caso objeto de estudio, por ejemplo, el Icanh afirma que el restablecimiento del equilibrio es la finalidad del procedimiento penal en el derecho propio de los pastos - resguardo de Túquerres (ver: Antecedentes; pruebas; intervención A. (Del Icanh)).

72 “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". (T-552 de 2003).

73 Si bien la Sala reitera la sentencia T-552 de 2003, es importante señalar que consideraciones semejantes se efectuaron desde la sentencia T-523 de 1997.

74 Cfr. Sentencias T-523 de 1997, T-552 de 2003, T-514 de 2009, T-903 de 2009, en la que se permitió que la comunidad conociera de un asunto "civil" -relacionado con el dominio, posesión o tenencia de un bien inmueble- por primera vez, y consideró válida la posibilidad de que la comunidad fallara en equidad.

75 Posteriormente, en las sentencias T-811 de 2004, T-1238 de 2004 y T-1026 de 2008, se reiteró la necesidad de acreditar el elemento "objetivo referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva".

76 En el fallo reiterado (sentencia T-552 de 2003) agregó la Corte: "...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". Dado que la segunda formulación se encuentra ya delimitada dentro del elemento institucional, y que las posteriores reiteraciones de esa sentencia se refieren solo a la primera definición, la Sala se concentrará en ella: el elemento objetivo como entendido como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva.

77 Decisión del Consejo Superior de la Judicatura de febrero 18 de 1999, expediente 19990066: "El cuestionamiento central a propósito del reconocimiento del fuero indígena, hace referencia al bien jurídico materia de lesión y que la jurisprudencia destacada por la Corporación llama elemento objetivo, haciendo igualmente referencia, por sobre todo del bien jurídico en punto de su connotación como valor sociocultural al interior del grupo humano indígena, a la pertenencia a la comunidad indígena por parte del sujeto pasivo sobre el cual recae la acción delictiva respecto de la cual se pretende el juzgamiento por la jurisdicción indígena". (Ver también sentencia sobre definición de competencias entre justicia

penal militar y jurisdicción ordinaria; rad. 200007 10 A de 11 de mayo de 2000; decisión 20000942 de 1º de junio de 2000) || “El bien jurídico objeto de lesión. Este último elemento es el que ha venido cobrando en la jurisprudencia de la Sala mayor relevancia a propósito de definir el conflicto de competencia, en razón, se advierte, de su especial trascendencia frente a bienes que adquieren una dimensión nacional y que supera la pretendida estructura socioeconómica indígena que conlleva un estudio de la conducta del miembro de la comunidad indígena construido sobre propósitos de defensa colectiva nacional y universal, como ocurre con los delitos de Narcotráfico”. || “Se advierte pues que es el elemento nocividad social el que con mayor eficacia sustrae la competencia de la jurisdicción indígena respecto del juzgamiento de sus congéneres. (...) Como se indicara, la definición de competencia entre las jurisdicciones indígena y ordinaria, frente al reconocimiento del fuero indígena, como el propio militar, ha tenido como puntual definitoria este aspecto de universalización del bien jurídico lesionado; tratándose del secuestro, por las razones ya señaladas y expresamente precisadas por vía jurisprudencial, amén de que se trata de un clamor nacional y universal su proscripción, es inferible un tratamiento punitivo que trasciende a la singular comunidad indígena, toda vez que tal conducta no es de su esencia cultural, al punto de merecer un reconocimiento universal y en este orden ser considerado un delito de lesa humanidad, como destaca la jurisprudencia de la Sala Penal de la C.S.J. razón de por sí, para que por su connotación social se sustraiga al tratamiento del fuero indígena”.

78 Radicado nro. 19990041 A/315-C. Hurto calificado y agravado, en la que se evaluó la competencia con base en los factores personal y territorial, y se decidió remitir el expediente a la justicia ordinaria por no existir prueba sobre el lugar en el que ocurrieron los hechos; Radicación No. 19991234 A. MP EJM, 25 de noviembre de 1999. En un caso de daño en bien ajeno, originado en una disputa sobre linderos, el Consejo Superior de la Judicatura encontró acreditados los elementos personal y territorial del fuero y remitió el caso a la jurisdicción especial indígena. Rad. 20033341 MP Rubén Darío Henao Orozco. El Consejo Superior de la Judicatura consideró que la jurisdicción especial indígena tenía competencia para conocer un caso en el que miembros de la comunidad presentaron denuncia por tortura, secuestro y lesiones personales, contra las autoridades del cabildo que los aprehendieron y condenaron a la pena de cepo. El caso se remitió a una autoridad judicial independiente (Centro de justicia guambiano), pues el cabildo no podría ser juez y parte del proceso, como lo afirmaron los miembros del mismo. En sentencia de 26 de noviembre de 2003. MP Eduardo Campo Soto, el Consejo Superior de la Judicatura asignó a la justicia ordinaria el conocimiento de un caso de

aborto inducido a una menor por su madre, debido a que los hechos no se dieron dentro del territorio de la comunidad.

79 Radicado 20033260 01 299-V (MP Guillermo Bueno Miranda) – tráfico de estupefacientes y otros. El Consejo Superior de la Judicatura otorgó la competencia a la jurisdicción ordinaria por ausencia de prueba sobre el factor territorial y porque la víctima o las víctimas de la conducta trascienden el ámbito territorial de la comunidad.

80 Radicado 200400434-01 (36-20). MP Eduardo Campo Soto. (delito de homicidio). Al evaluar el factor personal, expresó la Corporación citada: “No obstante se ha venido sosteniendo en el factor personal, que tal circunstancia también se traslada a la víctima para efectos del reconocimiento pleno del aforo indígena, exigiendo que aquella también sea perteneciente de una comunidad étnica, de lo contrario, no quedan integrados los componente (sic) del fuero y así adscribir la competencia de un caso a la jurisdicción ordinaria penal (cuando se trata de delitos)... sin embargo, este nuevo ingrediente de estirpe jurisprudencial debe analizarse con detenimiento en cada caso concreto, en tanto e aforo (sic) no puede estar condicionado en circunstancias creadas por personas de otras culturas y sus visiones cosmopolitas, debido a que el fuero indígena obedece más la propia cosmovisión del agente activo del delito o conducta reprochable bien en su propia cultura o externa a ella”. En este fallo, en cambio consideró que si bien se debe verificar si la víctima pertenece a la comunidad, “como ésta no es regla general de exclusión de competencia para esa jurisdicción especial, ha de mirarse la particular cosmovisión de quien ahora es procesado”.

81 Supra, pie de página 94.

82 Sentencia de junio primero (01) del año dos mil (2000) Magistrado Ponente: Jorge Alonso Flechas Díaz. Rad. 20000942A. “5. El bien jurídico objeto de lesión. Este último elemento es el que ha venido cobrando en al jurisprudencia de la Sala Mayor relevancia a propósito de definir el conflicto de competencia, en razón, se advierte, de su especial trascendencia frente a bienes que adquieren una dimensión nacional y que supera la pretendida estructura socioeconómica indígena que conlleva un estudio de la conducta del miembro de la comunidad, construido sobre propósitos de defensa colectiva nacional y universal, como ocurre con los delitos de narcotráfico, como expresamente lo destacan las decisiones en cita.”

83 Radicado 20033260 01 299-C. 8 de marzo de 2003. MP Guillermo Bueno Miranda. Ley 30 tráfico de estupefacientes y otras infracciones. "... En el presente caso se encuentra un elemento adicional que definitivamente hace jurídicamente imposible que el asunto sea conocido en la jurisdicción indígena, y es que el bien jurídico afectado por los delitos que se le imputan al señor CONDA FERNÁNDEZ, rebasa ampliamente el ámbito de la cultura indígena, de manera tal que las víctimas de tales conductas necesariamente están por fuera de la respectiva comunidad indígena. || Esta circunstancia plantea una situación jurídica particular, que excluye la aplicación del fuero indígena, y es que los derechos que están en juego son los de los ciudadanos que no son indígenas y no los del integrante de la comunidad indígena a la cual pertenece quien supuestamente cometió los delitos señalados (...)"

84 Supra; pies de página 94 y 95.

85 En el proceso objeto de estudio (Radicado 110010102000200900035 00, estableció la Sala Jurisdicción del Consejo Superior de la Judicatura que "Así las cosas, se encuentra demostrado ambos factores pero que como quiera que el factor objetivo es determinante máxime entratándose de una menor de edad, pues la víctima del supuesto ilícito es una menor (14 años), quien presuntamente fue objeto de actos sexuales por parte del aquí implicado, se puede afirmar sin dubitación alguna que, el conocimiento de la investigación objeto de análisis no hace parte de la competencia atribuida constitucionalmente a las autoridades de los pueblos indígenas..."

86 Al respecto, ver especialmente la sentencia referida en el pie de página 94.

87 Ver, para una sistematización de las reglas relativas a la justicia penal militar, la sentencia C-928 de 2007.

88 La jurisprudencia sobre el principio de igualdad es abundante. Sobre el aspecto específico al que se hace referencia, ver el reciente fallo T-340 de 2010.

89 *Ibíd.*

90 *Ibid.*

91 Al respecto, cfr. artículos 216 - 218 de la Constitución Política.

92 Ver. Dane. “Colombia: Una Nación Multicultural – Su diversidad Étnica”; 2006. Departamento Nacional de Planeación: “Los Pueblos Indígenas de Colombia en el Lumbral del Nuevo Milenio”; 2006.

94 Como anexo de la sentencia, se presenta un compendio de las subreglas y criterios mencionados.

95 Lo anterior, sin perjuicio de que en determinados casos el examen de un factor sea de menor dificultad: por ejemplo, en un caso que no sea “penal” no habría una víctima, así que el examen de institucionalidad, en principio, se limitaría a la existencia de usos y costumbres, procedimientos y autoridades propias con la disposición para adelantar el conocimiento del caso.

96 Siempre, siguiendo la exposición de la Sentencia C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

97 Ver sentencia T-173 de 1993, reiterada por la C-590 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño).

98 Esta regla se desprende de la función unificadora de la Corte Constitucional, ejercida a través de sus Salas de Selección. Así, debe entenderse que si un proceso no fue seleccionado por la Corte para su revisión, se encuentra acorde con los derechos fundamentales.

99 Hace referencia a la carencia absoluta de competencia por parte del funcionario que dicta la sentencia.

100 Cuando se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o en los fallos que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. (Ver, Sentencia C-590 de 2005); ver también sentencias T-008 de 1998 Eduardo Cifuentes Muñoz, 079 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

101 El defecto procedimental absoluto se presenta cuando el funcionario judicial se aparta por completo del procedimiento legalmente establecido. Al respecto, ver sentencias T-008 de 1998, T-159 de 2002, T-196 de 2006, T-996 de 2003 Clara Inés Vargas Hernández, T-937 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda.

102 Referido a la producción, validez o apreciación del material probatorio. En razón a la independencia judicial, el campo de intervención del juez de tutela por defecto fáctico es supremamente restringido.

103 También conocido como vía de hecho por consecuencia, hace referencia al evento en el cual, a pesar de una actuación razonable y ajustada a derecho por parte del funcionario judicial, se produce una decisión violatoria de derechos fundamentales, bien sea porque el funcionario es víctima de engaño, por fallas estructurales de la Administración de Justicia o por ausencia de colaboración entre los órganos del poder público. Ver, principalmente, sentencias SU-014 de 2001, T-1180 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y SU-846 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

104 En tanto la motivación es un deber de los funcionarios judiciales, así como su fuente de legitimidad en un ordenamiento democrático. Ver T-114/2002.

105 “(se presenta cuando) la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance”. Ver sentencias SU-640 de 1998 y SU-168 de 1999.

106 Cuando el juez da un alcance a una disposición normativa abiertamente contrario a la constitución, sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 (M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez) y T-1031 de 2001 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett), o cuando no se aplica la excepción de inconstitucionalidad, a pesar de ser evidente y haber sido solicitada por alguna de las partes en el proceso. Ver, sentencia T-522 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

107 Ver, entre otras, las sentencias T-231 de 1994, T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-008 de 1998, SU-159 de 2002, T-025 de 2001, T-109 de 2005, T-639 de 2006, T-737 de 2007 y T-458 de 2007.

108 Así, por ejemplo, en la Sentencia SU-159 de 2002, se define el defecto fáctico como “la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal a partir de pruebas válidas”.

109 Cabe resaltar que si esta omisión obedece a una negativa injustificada de practicar una

prueba solicitada por una de las partes, se torna en un defecto procedimental, que recae en el ejercicio del derecho de contradicción.

110 Cfr. Sentencias SU-159 de 2002, T-538 de 1994 y T-061 de 2007.

111 Ver sentencias T-442 de 1994, T-567 de 1998, T-239 de 1996 y SU - 159 de 2002 , T-244 de 1997.

112 Cfr. Sentencia SU-159 de 2002.

113 Así, en la sentencia T-442 de 1994, la Corte señaló: "(...) si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (...), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a este desideratum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente"

114 Así, la Corte Constitucional, en sentencia T-055 de 1997, determinó que, en lo que hace al análisis del material probatorio, la independencia judicial cobra mayor valor y trascendencia. Ver también la sentencia T-008 de 1998.

115 Ibídem.

116 El defecto sustantivo, como causal genérica de procedencia de la acción de tutela ha sido ampliamente estudiado por la Corte. Para una exposición completa del tema, ver los fallos T-159 de 2002, C-590 de 2005, T-462 de 2003, T-018 de 2008, T-757 de 2009.

117 Cfr. Sentencia T-573 de 1997.

118 Cfr. Sentencia T-567 de 1998.

119 Cfr. Sentencia T-001 de 1999.

120 Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden

consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

121 Cfr. sentencia SU-1722 de 2000 M.P. Jairo Charry Rivas Tal es el caso por ejemplo de todas las decisiones judiciales en las que se viola el principio de “no reformatio in pejus”.

122 Cfr., la sentencia C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

123 Sentencia SU-159/02 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra y Rodrigo Escobar Gil.

124 En este aparte, la Sala seguirá el esquema expositivo del fallo T-1031 de 2001. En el caso, un miembro de grupos armados al margen de la ley que se hallaba fuera del país, ofreció colaboración a la FGN a cambio de los beneficios previstos por la Ley para este tipo de asuntos. La Fiscalía consideró que no podrían otorgarse tales beneficios sino una vez se entregara a la justicia. La interpretación fue considerada irrazonable, pues no existía norma que prohibiera otorgar los beneficios en las condiciones descritas. La Sala de Revisión recalcó que los jueces son independientes, pero que su independencia no es absoluta. La falta de una razón jurídica para negar una interpretación penal más favorable, fue considerada suficiente para otorgar el amparo.

126 Cfr. Además, ha sostenido este Tribunal que entender la Constitución como un cuerpo armónico, supone concebir la estructura del Estado (parte orgánica), en función de la eficacia de los derechos constitucionales, los principios y los fines del estado (parte dogmática). T-1001 de 2001.

127 De acuerdo con comunicación telefónica sostenida con Irene Rosero López, apoderada de los padres de la menor en este proceso y de sus intereses en el proceso penal, al momento de decretarse las pruebas, se planeaba la interposición del recurso de casación.

128 Cfr. principalmente la sentencia T-703 de 2008 y T-514 de 2009.

129 Al respecto, ver los artículos 206 a 210 de la Ley 599 de 2000; y, sobre el derecho propio de los pastos, y particularmente el aplicado en el resguardo de Túquerres, los antecedentes de este fallo.

130 Ello, sin mencionar que no existe un órgano judicial que posea competencia para evaluar la constitucionalidad de normas constitucionales en el orden jurídico colombiano.

131 Sobre el concepto jurisprudencial de derechos fundamentales, ver las sentencias T-227 de 2003 y T-760 de 2008.

132 Ver, sentencia C-061 de 2008.

133 Ello, sin reparar en las limitantes fácticas de los derechos, por ser un aspecto irrelevante para el caso de estudio.

134 Un adecuado ejercicio de ponderación, de acuerdo con la doctrina más autorizada, consiste en determinar (i) la importancia que tienen los bienes jurídicos en conflicto, considerados en abstracto, para la sociedad y el sistema jurídico, en un momento histórico determinado; (ii) el grado de afectación de cada uno de los principios en conflicto; y (iii) la certeza que existe sobre esa afectación, en relación con cada derecho, como se explicará a fondo en el próximo acápite.

135 Al respecto, cfr. Epílogo de la Teoría de los derechos fundamentales. Robert Alexy. Centro de estudios políticos y constitucionales. (Trad. Carlos Bernal Pulido), especialmente, los apartes referentes a la “ley del peso”.

136 Esta situación se puede ilustrar mediante ejemplos sencillos: en el escenario constitucional del derecho a la educación de menores de edad, la Corte ha aceptado un grado de limitación a su derecho al libre desarrollo de la personalidad, considerando que el menor debe cumplir los requisitos académicos y las normas de convivencia previstas por el reglamento, siempre que sean razonables, proporcionadas y compatibles con las demás normas constitucionales. Por supuesto, eso no significa que la Corte haya ignorado la prevalencia de los derechos del menor, sino que la limitación del derecho, en el escenario descrito es de muy poca intensidad y, por otra parte, el respeto por el reglamento -bajo las condiciones descritas y con sujeción a la Constitución Política- resulta conveniente para su propia formación. Por supuesto, existen limitaciones que no son legítimas por contrariar en exceso los derechos del menor, como aquellas que pretenden determinar su apariencia, o su orientación sexual, casos en los que la Corte ha dado prevalencia al derecho del menor afectado. (Ver, al respecto, SU-641 y SU-642 de 1998). || En un tema cercano al problema

jurídico que se estudia, el legislador consagró, como medida de protección de la integridad sexual de los niños, niñas y adolescentes, la publicación de la foto del agresor sexual en lugares públicos, avisos o vallas de gran tamaño. Al analizar la legitimidad constitucional de la medida, la Corte estimó que esta no superaba un examen de proporcionalidad, pues si bien parecía adecuada para la protección de los derechos del menor, no era necesaria ni proporcionada pues frente a la afectación evidente de los derechos fundamentales del agresor, de su familia, y de la propia víctima que tendría que enfrentar constantemente la imagen del agresor y, eventualmente, sufrir un menoscabo a su intimidad, no existía certeza científica sobre el beneficio que reportaría la medida para la integridad sexual de los menores.

137 Es importante señalar que, en estos procesos, la Corte ha entendido “aculturación” como pérdida de la identidad indígena del sujeto

138 “Sobre la relación de los Cofán con el territorio es preciso observar que no obstante que, como se ha dicho, sus territorios ancestrales se extienden en una vasta región de los municipios de Valle del Guamuez, Orito y San Miguel, sus asentamientos se encuentran dispersos, en comunidades de pocas familias¹³⁸. Los Cofán han sido considerados como un grupo de alta vulnerabilidad, debido, precisamente, a la presión externa que se ha ejercido sobre su territorio. || La desordenada colonización de la zona en la que tradicionalmente han habitado los cofanes ha estado acompañada de acelerado crecimiento económico, migraciones poblacionales, actividades de extracción, principalmente petrolera, presencia de cultivos ilícitos, todo lo cual se traduce en elevada conflictividad social, con particular presencia de los grupos armados irregulares. || No obstante esa conflictiva dinámica, los cofanes ha mostrado un elevado sentido de permanencia en su territorio ancestral y a partir de la segunda mitad del siglo XX han iniciado un conjunto de acciones orientadas a la defensa del mismo y a obtener su reconocimiento por el Estado. || En ese contexto complejo y dinámico se desenvuelve la vida del pueblo Cofán, que mantiene una identidad cultural, no obstante su dispersión espacial y la presencia aislada de los individuos de la etnia en distintos lugares de la extensa zona que consideran su territorio ancestral. De este modo, un conjunto de manifestaciones vitales de los cofanes, no obstante que se desenvuelvan por fuera de un ámbito geográfico que, en sentido estricto, pueda considerarse como territorio indígena, guardan una estrecha relación cultural, en razón del entorno en el que ocurren y la vinculación étnica de sus protagonistas (...) || En el presente caso, observa la Sala, los

hechos que dieron lugar al proceso penal, tienen una clara connotación cultural, como quiera que los mismos ocurrieron entre individuos de la etnia de los cofanes, en un lugar que los cofanes consideran como parte de su territorio ancestral y en un contexto claramente determinado por sus patrones culturales, como es el hecho de haberse producido el homicidio con ocasión de un conflicto originado en actividades de brujería indígena.”

139 La situación de la tenencia de la tierra en el resguardo de Túquerres es particularmente compleja, y una descripción completa de ella escapa a los alcances de este fallo. La Sala remite, entonces, al documento Geografía Humana de Colombia. Región Andina Central (Tomo IV, volumen I); diversos autores: Doumier Mamián, Carlos Vladimir Zambrano, Carmen Patricia Cerón, Claudia Leonor López; Biblioteca Virtual // Luis Ángel Arango. De la completa explicación sobre la situación de las tierras en el resguardo, cabe resaltar este aparte: “En una primera clasificación que podemos hacer de la tenencia de la tierra entre los Pastos. A lo largo de estos quinientos años ha sido la principal opción impositiva y en la actualidad ha penetrado ostensiblemente hasta el interior de los mismos Resguardos, es decir, en un 80% de la tierra cultivable del territorio de los Pastos es de propiedad privada. ||Esta propiedad privada de la tierra, en una segunda clasificación tiene dos variantes: la propiedad privada de particulares y la propiedad privada de indígenas. Históricamente, la primera, como herencia de los antiguos encomenderos y terratenientes coloniales y republicanos, como resultado de compraventas hechas con herederos de antiguos invasores y con el Estado en el caso de aquellas declaradas realengas, de manos muertas, de pública subasta, baldías o simplemente tierras del Estado (aquellas adquiridas a través del Incora); como compraventa con los mismos indígenas herederos de los antiguos Resguardos eliminados o aun subsistentes. También están aquellas hurtadas por tinterillos y abogados al amparo de los pleitos reales o ficticios, las rematadas por la Caja Agraria y las asignadas por el Estado, a través del Incora a colonos. || Como propiedad privada de indígenas están aquellas que, teniendo el carácter de asignación mediante documento del Cabildo, fueron tituladas al desintegrarse los Resguardos, a sus poseedores o a nuevos compradores indígenas. Aquellas de los Resguardos actuales que, habiendo sido asignadas por el Cabildo han sido escrituradas o simplemente tratadas como propiedad privada. Están, así mismo, las tierras que, habiéndolas tomado el Estado como baldías o incoradas por la Reforma Agraria, han sido asignadas en propiedad privada a indígenas. Finalmente, aquellas que los indígenas han comprado a particulares, pues, en los últimos tiempos por las deudas crediticias de campesinos, las migraciones y por el movimiento de recuperación de la tierra, pequeños,

medianos y hasta grandes propietarios se han visto abocados a venderlas a los mismos indígenas”.

140 Es importante señalar que, a pesar de que la Sala ofició a diversas facultades de antropología para que aportaran su conocimiento al proceso, no recibió información adicional, pues señalaron no tener datos sobre la situación específica consultada.

141 En el concepto del Icanh se explica la imposición de medidas como la amonestación pública, la reconstrucción de la memoria histórica, el pago de indemnizaciones pecuniarias a la víctima, así como de tratamientos psicológicos o la educación de la persona afectada; la imposición de castigos como fuetazos, penas privativas de la libertad, trabajo comunitario, entre otros.