

Sentencia T-659/13

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección constitucional/DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL EN LA CONSTITUCION DE 1991-Reiteración de jurisprudencia

Con el cambio que se originó a raíz de la Carta de 1991, se le dio un estatus constitucional a los grupos minoritarios, como el de las comunidades indígenas, se cambió el modelo que pretendía y buscaba la asimilación e integración de estos grupos por otro paradigma en el que se reconoce y garantiza el pluralismo, la multiculturalidad y la participación de las minorías. Esta ha sido la manera en que el Constituyente de 1991 reconoció los múltiples y diversos abusos, maltratos, discriminaciones e injusticias históricas que han sufrido estas etnias, como consecuencia de lo cual parece inminente su extinción cultural y física. Así en la Constitución de 1991 se refleja una conciencia histórica y jurídica del valor de las culturas nativas y de las comunidades tradicionales, y especialmente de sus “valores y tradiciones culturales, ancestrales, lingüísticas, artísticas, religiosas, sociales y políticas”. En consecuencia, esta Corporación ha expresado que el multiculturalismo encuentra fundamento constitucional en las premisas relativas a “(i) que en Colombia existen diversidad de culturas e identidades étnicas, (ii) que todas son merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) que todas son constitutivas de la identidad general del país y (iv) que todas son titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo.”

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

COMUNIDAD INDIGENA-Reconocimiento de la autonomía indígena exige que, en principio, el Estado y por lo tanto el juez de tutela se abstenga de involucrarse en los conflictos internos

AUTORIDAD INDIGENA-Facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial con sus propias normas y procedimientos siempre que no sean contrarias a la Constitución y la ley

En relación con las funciones jurisdiccionales que ejercen constitucionalmente las autoridades indígenas dentro de su territorio, el cual es "...reconocido legalmente bajo la figura del Resguardo [y es] habitualmente ocupado por la comunidad indígena"; la jurisprudencia constitucional ha establecido que debe analizarse (i) a cuál grupo étnico pertenecen los posibles infractores, para así determinar la competencia; (ii) debe tenerse en cuenta el principio de maximización de la autonomía; (iii) pero igualmente deben señalarse los límites constitucionalmente válidos, en respeto de dicha autonomía, que se le pueden exigir a las autoridades indígenas, tales como el respeto del derecho a la vida, la prohibición de la tortura, los tratos crueles e inhumanos, la esclavitud, por ser éstos los bienes jurídicos más valiosos del hombre y que hacen parte del "grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en caso de conflicto armado". En el mismo sentido, la Corte ha señalado que la jurisdicción indígena debe respetar el debido proceso, lo cual constituye una exigencia constitucional que se deriva del propio artículo 246 Superior. A este respecto, ha sostenido que el trámite, proceso o juicio, según sea el caso de que se trate, debe ser seguido por la jurisdicción indígena respetando lo habitualmente realizado en la etnia indígena afectada en la situación correspondiente.

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Elementos fundamentales que ha reconocido la jurisprudencia

La jurisprudencia de esta Corporación, desde tempranas decisiones se ha pronunciado en relación con los elementos que componen la jurisdicción indígena, la cual incluye elementos humanos, orgánicos, normativos, geográficos y de no contradicción con la Constitución Política. Acerca de este tema, este Tribunal ha sintetizado que la jurisdicción indígena incluye: ".- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural;.- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades;.- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedural;.- Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades..- Un factor de

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

COMUNIDAD INDIGENA-Importancia del territorio como elemento esencial y protección a través de Convenios y tratados internacionales

Los Estados han adoptado mecanismos de orden internacional e interno para la protección de las minorías étnicas, y especialmente de los grupos indígenas. El pluralismo de la sociedad es alimentado por estos grupos, por lo tanto, merecen ser respetados en sus creencias, costumbres, tradiciones y derecho indígena. Del mismo modo, se ha procurado la protección del territorio que estos pueblos habitan, por la importancia y el papel fundamental que la tierra juega, “tanto para su permanencia y supervivencia, como para su desarrollo político, económico y social, de acuerdo con su cosmovisión y tradiciones”.

JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Reglas para la solución de tensiones

PRINCIPIOS QUE PUEDEN SER APLICADOS PARA LA SOLUCION DE CASOS RELACIONADOS CON CONFLICTOS O TENSIONES ENTRE LA NORMATIVIDAD ORDINARIA O NACIONAL Y LA NORMATIVIDAD DE CADA UNA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Límites

La jurisprudencia de este Tribunal ha puesto de relieve, que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena no es absoluto, pues se encuentra dentro de los límites que le imponga la Constitución y la Ley. Así, ha sostenido que los límites a la autonomía de las comunidades indígenas hacen referencia a aquello que se torne en intolerable, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, en el marco de un consenso intercultural lo más amplio posible, entendiendo como tales, vulneraciones al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y los principios del debido proceso y de legalidad, especialmente, en materia penal. Adicionalmente, en casos de conflictos de naturaleza penal, esta Corte ha impuesto como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas, la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 38 C.P.

COMUNIDADES INDIGENAS-Derecho a constituir resguardos

PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS RESGUARDOS RENUNCIA A LA JURISDICCIÓN Y AL FUERO INDIGENA-La Corte ha establecido tangencialmente la posibilidad de esta renuncia

La posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial, se da en los siguientes casos: (a) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (b) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (c) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen.

TERRITORIO INDIGENA-Relevancia constitucional

TERRITORIOS INDIGENAS-Inembargables, inalienables e imprescriptibles según Convenio 169 de la OIT

ACCION DE TUTELA DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA-Procedencia por encontrarse en situación de subordinación e indefensión respecto al Resguardo

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela, el Tribunal encuentra que la acción tutelar que ahora se revisa es procedente, por cuanto la jurisprudencia pacífica de esta Corporación ha sostenido que el mecanismo de protección de tutela puede ser enervado tanto por la comunidad como un todo, como también por los miembros individualmente considerados de una comunidad indígena, con el fin de proteger sus derechos fundamentales. En este último caso, los individuos de una comunidad están legitimados para interponer la acción de tutela frente a actos o decisiones adoptadas por las autoridades tradicionales competentes de la comunidad, que consideran han vulnerado sus derechos fundamentales. Esta regla se ha fijado, por cuanto, como quedó expuesto de manera detallada en la parte considerativa de esta sentencia, si bien la Constitución y la jurisprudencia de esta Corte han reconocido y garantizado de manera prevalente la autonomía, el fuero y la jurisdicción indígena, también han establecido y desarrollado el principio de no contradicción con la Constitución, con el fin de proteger derechos fundamentales y bienes jurídicos esenciales del ordenamiento jurídico constitucional. Igualmente, este Tribunal ha evidenciado que los miembros de las comunidades indígenas se encuentran en una situación de subordinación e indefensión respecto de la estructura institucional y organizativa del respectivo Resguardo, ya que no existen procedimientos de

control judicial al interior de las mismas comunidades a través de superiores jerárquicos de tales autoridades a las cuales pueden recurrir.

PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR AUTONOMIA-
Jurisprudencia constitucional

PRINCIPIO DE MAXIMIZACION DE LA AUTONOMIA INDIGENA-Naturaleza/MINIMIZACION
RESTRICCIÓN AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza

Como parte de la serie de derechos reconocidos y garantizados, reviste especial relevancia para el caso bajo estudio, el que la Constitución de 1991 haya consagrado la jurisdicción y el fuero especial indígena, a partir del cual, la jurisprudencia de esta Corporación en desarrollo de su alcance normativo, ha establecido una serie de principios hermenéuticos para la solución de casos relacionados con conflictos o tensiones entre la normatividad ordinaria o nacional y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas, principios que la Sala aplica al caso bajo estudio. Los principios más relevantes que ha establecido la Corte son el de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones”, el de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”, y el principio según el cual “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. (i) En aplicación del primer principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones, debe dársele mayor prevalencia a la autonomía de la comunidad indígena del Resguardo del Departamento del Cauca, y a las decisiones adoptadas por sus autoridades ancestrales, tales como el Gobernador, el Cabildo y la Asamblea General de la comunidad. Lo anterior, por cuanto la decisión que ahora se controvierte por el accionante en relación con la orden de entrega de las tierras que le fueron adjudicadas al mismo y a su familia, constituye una decisión que trata (a) sobre un asunto de carácter interno de la comunidad; (b) las tierras son de propiedad colectiva del Resguardo; (c) la decisión se adoptó de conformidad con los usos, costumbres y procedimientos preestablecidos por la comunidad de conformidad con su fuero y jurisdicción que la Constitución les reconoce; (d) la decisión se tomó teniendo en cuenta que el accionante y su familia renunciaron a pertenecer al Resguardo, tal y como consta en las Actas de las Asambleas de la comunidad que obran en el expediente; y (e) la decisión no resulta violatoria de derechos fundamentales básicos para la Carta Política de 1991 tales como la vida, la prohibición de tortura, de esclavitud, violación del debido proceso, ni se

trata de una sanción de carácter penal.

ACCION DE TUTELA DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA-Caso en que el accionante y su familia renunciaron al censo y expresamente a pertenecer a la comunidad y al Resguardo, lo que conlleva a perder beneficios como el usufructo de la tierra

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Improcedencia de tutela para proteger situaciones que hacen parte del fuero interno de la comunidad indígena

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-No vulneración por decisión de la Asamblea General la desadjudicación de parcelas de tierra a quienes eran miembros de la comunidad pero que de manera voluntaria decidieron renunciar a ella o abandonarla

PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Miembros que renunciaron a la Comunidad tienen derecho a que se les reconozca mejoras en parcelas de tierra y a que se les garanticen sus derechos como son su inserción dentro del régimen subsidiado de salud y en el programa de Familias en Acción

Referencia: expediente T-3935122

Acción de tutela instaurada por José Cruz Ecué Gutierrez, contra el Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece (2013)

La Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

La presente acción de tutela fue escogida para revisión por la Sala de Selección Número

Seis, mediante Auto del 06 de junio de 2013 y repartida a la Sala Número Nueve de esta Corporación para su revisión.

I. ANTECEDENTES

1. De los hechos de la demanda

1.1 El demandante, acogiéndose al artículo 13 de la CP, denuncia que cuatro familias de la comunidad indígena de la Villa de Itaibe Páez Cauca y Huila fueron objeto de atropellos por pertenecer a la asociación OPIC y por restricción de libertad de culto.

1.2 Afirma que el 7 de febrero de 2011 el Gobernador del Resguardo accionado mediante versión verbal insistió que las casas en que vivían les fueran devueltas al Cabildo, prometiendo reconocerles un millón de pesos por las mismas, a pesar de saber que el costo era de dos millones de pesos y algo más, y se sintieron presionados cada día por el Gobernador y los profesores del Resguardo.

1.3 Sostiene que en escrito del 10 de julio de 2011, el Gobernador José Olmedo Baiceu manifestó que en Asamblea se decidió, en el segundo punto del Acta, solicitar las casas, y en el tercero, se le dio un plazo para la entrega hasta el 30 de julio de ese año. Sostuvo que como tenían cultivos de café en las parcelas, solicitaron un plazo para recoger la cosecha de las 41.500 matas de café que habían sembrado para las cuatro familias afectadas, incluyendo a su padre de 76 años. Afirma que tuvieron que dejar todo sin reconocimiento del Cabildo, el cual solo les reconoció la casa, por el valor ya señalado, “sabiendo que estos subsidios eran del Estado”, y que el mejoramiento de las tierras se hizo por su propio esfuerzo.

1.4 De otra parte el señor Justo Ecué, padre del accionante, manifiesta llevar años al servicio del Cabildo, frente al cual considera que le ha desconocido su servicio y trabajo en el mismo, y que ahora que pertenece a otro grupo, el OPIC, los dirigentes del mencionado Cabildo indígena decidieron despojarlos de los bienes y tierras. Por tal motivo, solicita al juez se valore su caso, ya que afirma que ha sido afectada su familia extensa y requiere ser indemnizado por su trabajo en el resguardo que usufructúo el Cabildo.

1.5 Menciona el accionante que el Resguardo no ha comprado las tierras en cuestión, ya

que a raíz de la avalancha del río Páez en el año de 1994, los terrenos fueron comprados por los Nasa Kiwe y entregados al INCORA para las familias afectadas. Por tal motivo, considera que esa tierra no puede ser expropiada, puesto que fue comprada por el Estado y pertenece a las personas afectadas por derecho propio y de posesión.

1.6 Señala que en la legislación indígena en el título II, capítulo I "de los derechos, garantías y deberes", en su artículo 34 consagra que se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, y que si las comunidades lo hacen violan la Constitución, la ley, los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.

1.7 Argumenta que el 28 de febrero de 2011 fue despojada la primera familia por el Gobernador del Resguardo y el 28 de agosto del mismo año despojaron de los cultivos de café a las 4 familias Ecué Cruz, quedando por tal motivo en calidad de desplazados. Adicionalmente, sostiene que fueron desvinculados de Familias en Acción, de protección social y del carnet de salud por pertenecer a la OPIC, todo lo cual fue dirigido, según el actor, por el Gobernante Baicue.

1.8 Indica que el 22 de enero el Consejero Mayor y los miembros de la OPIC dan a conocer los atropellos de los cuales fueron víctimas ante la Gobernación del Cauca y la Alcaldía, con el fin de conciliar la situación, por cuanto consideran que se lesionaron sus derechos a la vida, al trabajo, a la salud, a la educación, y por tanto, solicitan que se protejan sus derechos fundamentales y constitucionales, y que se les respete los derechos al debido proceso, a la defensa, al buen nombre, a la honra e intimidad, y al principio de favorabilidad e igualdad ante la ley.

1.9 Expresa que la OPIC está constituida de acuerdo a lo contemplado en el artículo 38 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 1088 del 10 de junio de 1993 y la Resolución 0073 del 3 de septiembre de 2009, y señala que es una entidad de derecho público de carácter especial.

1.10 Menciona que ellos se acogen a la Constitución Política y a la Ley 21 de 1991 y menciona los artículos 7 y 13 CP. Por lo anterior, considera que ninguna organización indígena puede desconocer ni estar por encima de la Constitución Política, amparándose en la ley indígena de origen, en el derecho mayor o en el derecho interno. En este sentido, denuncia la violación de los Derechos Humanos mediante la Resolución No. 001 del 14 de

abril de 2012 hecha por los Gobernadores, profesionales y líderes que firman del Resguardo demandado.

1.11 De conformidad con lo anterior, (i) solicita al juzgado del circuito, proteger a la población que ha sido víctima del desplazamiento o en riesgo de estarlo, así como a los miembros de la asociación de autoridades tradicionales OPIC, para que no sean discriminados y sacados de su territorio indígena, por cuanto ello es una violación de los DDHH y DIH en sus territorios por causa del conflicto armado y otras situaciones que se viven en el país; (ii) que sean sancionados los docentes que firmaron el acta de destierro de las familias por incoherencias en el desarrollo de sus funciones; (iii) que se ordene el cumplimiento de conciliación de manera inmediata y efectiva, para la construcción de alternativas dentro de un marco de respeto a las minorías étnicas que se encuentran en riesgo de extinción; y (iv) que se dé seguimiento al cumplimiento de la Sentencia T-025 de 2004 a la población desplazada y las actividades requeridas para el desarrollo de ese objetivo, conforme con las especificaciones dadas por el Ministerio del Interior y la Dirección de Asuntos Indígenas.

2. Respuesta de la entidad accionada

El Gobernador del Resguardo de Piskwe Tha Fxiw, Genaro Castro Baicue, dio respuesta a la demanda de tutela instaurada contra el Gobernador del Resguardo ya mencionado de la siguiente manera:

2.1 Señala que (a) la tierra de los Resguardos es colectiva, artículo 329 CP, y lo que cada miembro del mismo ostenta es una adjudicación realizada por la autoridad del Resguardo conforme a las normas, usos, costumbres tradición y formas culturales; (b) la Asamblea es la máxima autoridad del Resguardo y delega su representación en el Cabildo y el Gobernador elegido, el cual ejerce la voluntad de la Asamblea y del Cabildo; (c) la Constitución y las leyes reconocen el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas y su jurisdicción especial; (d) los recursos del Resguardo son para los miembros activos del mismo; (e) que se debe hacer parte del censo y de la vida comunitaria del Resguardo y cumplir con los deberes establecidos por la autoridades para ser beneficiarios de los recursos del Resguardo y ser considerados miembros de esa comunidad; (f) que la obligación del Gobernador y el Cabildo es cumplir con los mandatos de la Asamblea y velar

por los recursos del Resguardo para que sean usufructuarios los miembros debidamente incluidos en el censo, y de no hacerse así, se harían merecedores de las sanciones por parte de la comunidad; y (g) que la OPIC no tiene injerencia en su territorio.

2.2 Aduce que las familias del accionante por voluntad propia decidieron no pertenecer más al Resguardo, por lo cual no están en el censo del mismo dejando de pertenecer a la comunidad del Resguardo Piskwe Tha Fxiw, renuncias que fueron hechas el 26 de junio de 2010 y ratificadas en la Asamblea del 28 de junio de 2010.

2.3 Sostiene que desde el año 2010 se les había informado de la necesidad del Cabildo de disponer de las parcelas adjudicadas a ellos, por cuanto habían decidido no pertenecer más al Resguardo. En el año 2011 las familias ratificaron que no deseaban pertenecer al Resguardo y pidieron un tiempo para permanecer en las parcelas lo cual se les concedió, pero al no haber armonía en la convivencia se acordó el pago de las mejoras, insumos y cultivos dándole un millón de pesos por concepto de la casa a José Manuel Marino Ecué y otro millón a José Cruz Ecué, un millón más a Avelino Ecué por los cultivos y dos millones a Justo Ecué por la casa, pagos que se hicieron como apoyo a las familias mencionadas. Así mismo, afirma que dentro de la concepción del territorio Nasa, éste es un todo y las mejoras que se hagan se entienden parte del mismo, y por consiguiente son de propiedad colectiva.

2.4 Señala, en cuanto a lo afirmado por el actor con relación a la Asamblea del 10 de junio de 2011, que no es cierto por cuanto se procedió de acuerdo a los usos procedimientos y costumbres de su Resguardo, ejecutando una decisión legítima de la Asamblea, y que por lo tanto, no es una decisión arbitraria o abusiva, reiterando además, que las familias por su propia voluntad decidieron no hacer parte del Resguardo, ni inscribirse en el censo.

2.5 Afirma que las familias quejasas fueron reasentadas en un territorio, en igualdad de condiciones con el territorio que ocupaban con anterioridad, tras la catástrofe del 6 de junio de 1994, es decir, que al Cabildo le entregaron las tierras y posteriormente fueron adjudicadas de acuerdo a sus usos y costumbres, y reitera que las tierras indígenas son colectivas, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

2.6 Alega que la voluntad de las familias fue decidir dejar de pertenecer a su territorio, por lo cual la colectividad es quien debe usufructuar los recursos propios del Resguardo, y por lo

tanto, es obligación de las autoridades del mismo velar por los intereses y derechos colectivos de su comunidad y administrar los recursos del Resguardo al igual que cumplir con los mandatos de la Asamblea.

2.7 Fundamenta sus derechos con base en los artículos 7, 246, 329, 330 CP, el art 7 numeral 1 de la Ley 89 de 1990 y en los artículos 286 y 287 de la CN, en donde se habla de la autonomía de las entidades indígenas, y reafirma que la tierra indígena es colectiva y por lo tanto es inalienable, imprescriptible e inembargable.

2.8 Finalmente solicita no conceder las pretensiones del accionante, haciendo mención a la jurisprudencia constitucional, en donde se avala “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio de acuerdo con sus propias normas”, por lo cual el Resguardo tomó una decisión jurisdiccional frente al accionante de conformidad con sus usos y costumbres y respetando los principios consagrados en la Constitución Política.

3. Fallo de primera instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Páez Belalcazar-Cauca, en Sentencia del 18 de febrero de 2013, resolvió: “Primero: Denegar la acción constitucional invocada por el accionante José Cruz Ecué Gutiérrez en relación con la protección a los Derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, prohibición de destierro y confiscación...

Segundo: Conceder la acción constitucional a favor del señor José Cruz Ecué Gutiérrez, en relación con el derecho consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, en relación con el reconocimiento, tasación y pago de las mejoras, en el evento de existir, efectuadas en las parcelas que le fueron desadjudicadas por decisión de la Asamblea General de Comuneros del Resguardo Indígena Pichwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, municipio de Páez.

Tercero: Ordenar, la mediación respecto del cumplimiento del punto anterior, del señor Personero Municipal de Páez, Dr. Diego Mesias Belalcazar Yocue en desarrollo de su función como Ministerio Público, del señor Alcalde del municipio de Páez Sr. Samuel Tumbo, del Consejo regional Indígena del Cauca -CRIC-, del Ministerio del Interior Oficina de Asuntos Indígenas y de la Defensoría del Pueblo Nacional y Regional, adelantando las actuaciones

necesarias al efecto en un término de cuarenta y ocho horas (48) a partir de las notificaciones de la decisión aquí adoptada, con el objeto de llegar a soluciones pacíficas y concertadas sobre el reconocimiento de las mejoras existentes en las parcelas desadjudicadas, para que la problemática aquí expuesta no se convierta en un problema de orden público en la Región de Tierradentro municipio de Páez, supremamente afectada por diversos fenómenos sociales que la tienen sumida en condiciones de pobreza y violencia;...”.

Para adoptar la anterior decisión, el juez de instancia tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

(i) Aduce que le asiste razón al Resguardo accionado en la desadjudicación de las parcelas, por cuanto el señor Ecué y su familia voluntariamente se desvincularon de la comunidad al retirarse del censo del Cabildo organizado localmente por el CRIC, y nacionalmente por la ONIC, y decidieron vincularse a la organización OPIC. Sostuvo que esta decisión no es una sanción impuesta por la Asamblea, sino que dicha orden se dio en relación con el derecho fundamental a la propiedad colectiva y siguiendo los lineamientos legales establecidos en la Ley 89 de 1990. Recuerda que la OPIC tiene asignados territorios en parte de algunos sectores del departamento del Chocó. Indica que, en cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el artículo 16 Superior, no vislumbra vulneración, pues se evidencia el ejercicio del mismo al renunciar ser inscrito en el censo del Cabildo indígena accionado.

(ii) Considera que en el presente caso, cuando existe la desadjudicación de la tierra, quienes han sufrido este procedimiento en muchos casos han realizado mejoras en las parcelas tales como cultivos, limpiezas, encerramientos, fruto de su trabajo individual, y al no haber otro medio de defensa judicial idóneo, el Juez ordenó a las autoridades tradicionales en conflicto asistir ante la Personería Municipal de Páez-Cauca. Lo anterior, con el fin de que a través del Ministerio Público se logre una concertación civilizada y pacífica sobre dicho asunto, para conseguir que finalmente se les reconozca dichas mejoras a quienes han sido objeto de la decisión administrativa por parte de las autoridades indígenas. Así, el juez ordenó la mediación del Personero Municipal de Páez, en desarrollo de su función como Ministerio Público, del señor Alcalde del municipio, del CRIC, del Ministerio del Interior - Oficina de Asuntos Indígenas-, y de la Defensoría Nacional y

Regional, para que adelantaran las actuaciones necesarias con el fin de lograr decisiones pacíficas y concertadas sobre el tema en cuestión.

El accionante apela la decisión del juez de primera instancia al no estar de acuerdo con el fallo de tutela, en el cual no se reconoce la vulneración de sus derechos.

El ente accionado también impugna el fallo en su segundo punto y solicita que no se le reconozcan mejoras las cuales ya se le pagaron con satisfacción.

5. Decisión de segunda instancia

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia-Cauca, en Sentencia del 18 de abril de 2013, resolvió:

“Primero: Confirmar en su integridad la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Páez Belalcazar, del 18 de febrero de 2013, objeto de impugnación en esta actuación,

...

Segundo: Negar la solicitud presentada por el Personero Municipal para realizar el evalúo de mejoras...”. Para fundamentar su decisión expuso los siguientes argumentos:

(i) Sostiene que el actor voluntariamente renunció al Resguardo Piskwe That Fxiw, pese a que las mismas autoridades trataron de concientizarlo de los efectos que producía dicha renuncia, pero aún así el actor persistió en su decisión hasta desencadenar las consecuencias que le siguieron. Por lo tanto, considera que la determinación de las autoridades del Resguardo no constituye expulsión o destierro, como lo expresa el actor, ya que la desadjudicación de las parcelas no implica que tenga que irse del territorio de Páez, y la desadjudicación de las tierras se da por su propio actuar, al desconocer la autoridad tradicional de las mismas, y al renunciar al Resguardo en mención. Señala que el accionante era usufructuario de un bien colectivo, por lo cual, el ad-quem se encuentra de acuerdo con lo expresado por el a quo, ya que no evidencia vulneración de derechos fundamentales del actor, y asegura que cualquier orden en este caso equivaldría a avalar la injerencia de terceros en asuntos internos de la comunidad indígena.

(ii) Sostiene que está de acuerdo con la decisión del juez de primera instancia de ordenar la

mediación del Personero Municipal y demás autoridades, para que se logre una concertación al respecto de las mejoras de las parcelas desadjudicadas, ya que evidencia una situación de indefensión del actor al no permitirle recoger el fruto de las cosechas hechas por su trabajo individual, y no reconocerle dichas mejoras, lo cual implicaría que el Resguardo usufructúe y goce de cosechas en las cuales no realizaron el menor esfuerzo. Además, sostiene que en las familias hay menores de edad que gozan de especial protección constitucional, por lo cual procedió el despacho a confirmar lo manifestado por el Juez Promiscuo Municipal de Belalcazar a este respecto.

(iii) Finalmente, acerca de la solicitud elevada por la Defensoría del Pueblo en escrito separado del 9 de abril, en donde solicita un perito para que realice el evalúo y tasación de las mejoras realizadas por el accionante y sus familias en las parcelas desadjudicadas, el ad-quem recalca que la acción de tutela no versa en la tasación de tipo económico referidas en el escrito antes mencionado, por lo que no se dio trámite al petitorio “ya que esta no es la vía a seguir, de conformidad con las pretensiones expuestas inicialmente en la presente acción”, y concluye que el fallo impugnado se encuentra ajustado a derecho, razón por la que confirma el fallo de instancia en su totalidad.

6. Pruebas allegadas al proceso

6.1 El señor José, Cruz Ecué Gutiérrez allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Copia de Auto 022/12, referencia: expediente ICC-1782. (Cuaderno2, Folios 9-16)
- Fotocopias de las cédulas de ciudadanía, de las tarjetas de identidad y de los registros civiles de nacimiento de todos los miembros de su familia extensa (Cuaderno 2, Folios 17-46)

6.2 El señor Gobernador del Resguardo accionado allegó al proceso las siguientes pruebas:

- Copia de Acta No 2 del 25/04/2010. (Cuaderno 2, Folios 77- 83)
- Copia de Acta de la tercera Asamblea General del 30/05/2010. (Cuaderno 2, Folios 84-93)

- Copia de Acta de la cuarta Asamblea General del 28/06/2010. (Cuaderno 2, Folios 94-110)
- Copia de Acta No 4 del 22/01/2011. (Cuaderno 2, Folios 111-115)
- Copia de Acta de la Asamblea General del 03/08/2011. (Cuaderno 2, Folios 116-122)
- Copia de Acta No 6 del 26/08/2011. (Cuaderno 2, Folios 123-126)
- Copia de Acta No 015 del 02/02/2011. (Cuaderno 2, Folios 127-131)

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro de los procesos de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos en la tutela, el problema jurídico que corresponde a la Sala determinar es si el Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe del Municipio de Páez, vulneró los derechos fundamentales del accionante y su familia, a quienes se les desadjudicaron unas parcelas del territorio de dicho Resguardo.

Para resolver el problema planteado, la Sala reiterará la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre: (i) la protección constitucional del derecho fundamental a la diversidad e identidad étnica de las comunidades indígenas, y el reconocimiento y garantía de su autonomía, fuero y jurisdicción; (ii) los Convenios y tratados internacionales que protegen los derechos de los grupos indígenas y la protección que se brinda a los territorios que ocupan, por su importancia para estas comunidades; (iii) los criterios para solución de conflictos que puedan presentarse entre la autonomía, fuero y jurisdicción de las comunidades indígenas y los derechos individuales de sus miembros; (iv) la importancia constitucional y trascendencia del territorio indígena para los miembros de estos grupos

étnicos; para finalmente (v) entrar a analizar y resolver el caso concreto.

3. La protección constitucional en la Carta de 1991 del derecho fundamental a la diversidad étnica e identidad cultural de las comunidades indígenas, y el reconocimiento y garantía de su autonomía, fuero y jurisdicción

3.1 A partir de los contenidos normativos de la Constitución de 1991, en sus artículos 7 y 70, esta Corporación ha reconocido y protegido en innumerables oportunidades la diversidad étnica y cultural. Así, el artículo 7 CP consagra la diversidad étnica y cultural colombiana, convirtiéndose en un artículo con el cual se busca resarcir injusticias y discriminaciones sufridas por los grupos sociales durante la historia del país, y su objetivo es defender el pluralismo, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho. Por su parte, el artículo 70 CP garantiza la igualdad y dignidad de las culturas diversas de la Nación, reconociendo a nivel constitucional la existencia de etnias y culturas dentro del territorio, el cual es un valor social que amerita una protección constitucional por ser un punto esencial en la formación de la identidad de Colombia. En consecuencia, ha reiterado este Tribunal que es notoria la obligación del Estado de crear medidas para acabar con las injusticias históricas y dar protección a los colombianos pertenecientes a estos grupos étnicos, que se encuentran en estado de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta como consecuencia de tantos años de exclusión[1].

Reitera entonces esta Sala que con el cambio que se originó a raíz de la Carta de 1991, se le dio un estatus constitucional a los grupos minoritarios, como el de las comunidades indígenas, se cambió el modelo que pretendía y buscaba la asimilación e integración de estos grupos por otro paradigma en el que se reconoce y garantiza el pluralismo, la multiculturalidad y la participación de las minorías. Esta ha sido la manera en que el Constituyente de 1991 reconoció los múltiples y diversos abusos, maltratos, discriminaciones e injusticias históricas que han sufrido estas etnias, como consecuencia de lo cual parece inminente su extinción cultural y física. Así en la Constitución de 1991 se refleja una conciencia histórica y jurídica del valor de las culturas nativas y de las comunidades tradicionales, y especialmente de sus “valores y tradiciones culturales, ancestrales, lingüísticas, artísticas, religiosas, sociales y políticas”[2]. En consecuencia, esta Corporación ha expresado que el multiculturalismo encuentra fundamento constitucional en las premisas relativas a “(i) que en Colombia existen diversidad de

culturas e identidades étnicas, (ii) que todas son merecedoras de un mismo trato y respeto, (iii) que todas son constitutivas de la identidad general del país y (iv) que todas son titulares -en igualdad de condiciones- del derecho a reproducirse y a perpetuarse en el territorio con el paso del tiempo.”[3]

Igualmente, este Tribunal ha precisado que el derecho a la identidad de estas comunidades tiene tanto una dimensión colectiva como una individual: “una colectiva, que busca orientar la protección constitucional hacia las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, permitiendo que éstas puedan desarrollarse de acuerdo con su propia cultura, y otra individual, en el sentido de considerar que la aludida protección es también en favor de cada uno de los miembros de las comunidades nativas, garantizando que éstos puedan autodeterminarse dentro y fuera de su territorio según su propia cosmovisión.”[4]

La jurisprudencia constitucional también ha reconocido que el derecho fundamental a la diversidad étnica y cultural se garantiza a través de otros derechos de las mismas comunidades étnicas, tales como “(a) la protección de la riqueza cultural de la nación (C.P. art 8º); (b) el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas (C. P. arts. 9º y 330); (c) el derecho a la oficialidad de lenguas y dialectos de las comunidades nativas y a que la enseñanza que se les imparte sea bilingüe (C.P. art. 10º); (d) el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas en las decisiones que las afectan, a través de procedimientos adecuados y con la participación de sus instituciones representativas (C.P. arts. 40-2, 329 y 330); (e) el respeto a la identidad cultural en materia educativa (C.P. art. 68); (f) el reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las formas de cultura (C.P. art 70); (g) la protección del patrimonio arqueológico de la Nación (C.P. art. 72); (h) el derecho a una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (C.P. arts. 171 y 176); (i) el derecho a administrar justicia en su propio territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (C.P. art. 246); (j) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y su naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable(art. 329); y (k) el derecho a gobernarse por consejos indígenas según sus usos y costumbres (C.P. art. 330).”[5]

3.2 Como consecuencia de todas estas garantías constitucionales, esta Corporación ha puesto de relieve igualmente que las comunidades indígenas se han convertido en sujetos

de derechos fundamentales, lo cual no solo cobija a los individuos, sino que abarca la misma comunidad como un todo, por considerarse que ésta constituye un sujeto colectivo y no una simple suma de individuos que comparten derechos o intereses difusos o agrupados.[6]

Este reconocimiento a nivel constitucional de los grupos étnicos como sujetos colectivos de derechos autónomos se deriva de los principios constitucionales de democracia, pluralismo y respeto a dicha diversidad étnica y cultural, y con ello se le confiere a las comunidades el estatus jurídico para ser adjudicatarios, ejercer y reivindicar los derechos propios de la comunidad. Igualmente, se legitima a los dirigentes, así como a los miembros individuales de estas comunidades, para ejercer el derecho a la acción de tutela y así poder proteger los derechos de la comunidad al igual que a las Organizaciones para la Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas y a Defensoría del Pueblo.[7]

En relación con el estatus de las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que “esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros, ni a la sumatoria de estos”; igualmente ha sostenido que “los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos[13]” y como consecuencia de lo anterior, ha derivado diversas consecuencias normativas de tal reconocimiento “...en primer lugar, [que] la acción de tutela es procedente no solo para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas y las autoridades tradicionales, sino también para la protección de los derechos de la comunidad; y en segundo lugar, [que] las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades son elevadas a norma de derecho fundamental, con todos los atributos legales y políticos que ello supone”.[8]

3.3 En armonía con lo hasta aquí expuesto, es de resaltar para el caso que nos ocupa, que el régimen político que consagra la Constitución colombiana de 1991, al reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural consagra que las comunidades indígenas cuentan con autonomía administrativa, presupuestal y financiera en el territorio que ocupan, además, de autonomía política y jurídica. Esta última se evidencia en la jurisdicción especial que ejercen teniendo como base los usos y costumbres de la comunidad indígena que la ejerce, la cual no puede, en todo caso, vulnerar la Constitución, ni la ley, de conformidad

con lo consagrado en el artículo 246 Superior.

En este sentido, el artículo 246 CP señala expresamente que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional.” (Énfasis de la Sala)

Respecto del alcance normativo del artículo 246 CP, esta Corte ha determinado que hacen parte del contenido de dicho precepto superior “(i) la facultad de la comunidad 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”.[9] (Resalta la Sala)

En cuanto a los derechos políticos de las comunidades indígenas, los cuales se ven reflejados en los artículos 171 y 176 de la Constitución Política que prevé acciones afirmativas frente a la garantía de su participación política efectiva, esta Corporación ha señalado que estas disposiciones “...contemplan una circunscripción indígena en Senado y Cámara de Representantes para el Congreso de la República, de la cual se extrae el derecho al voto y la posibilidad de elegir y ser elegidos.” [10] Igualmente, en materia de administración de justicia, el artículo 246 Superior “...estipula la posibilidad de que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.” [11] Igualmente, en cuanto al poder ejecutivo y la autonomía administrativa de las comunidades indígenas, consagrada en el artículo 286 de la Constitución Política, esta Corporación ha resaltado que esta disposición superior “otorga el estatus de ente territorial a los territorios indígenas”.[12]

En armonía con lo anterior, la jurisprudencia de este Tribunal ha definido la jurisdicción especial indígena como un “derecho autonómico y colectivo de las comunidades indígenas de carácter fundamental que se refiere a que los delitos y conflictos que se presenten en el

territorio de la comunidad (criterio territorial) o por un miembro de ésta (criterio personal) deben resolverse conforme a sus normas, procedimientos y autoridades. La decisión tomada en dicha jurisdicción tiene el mismo valor de una sentencia ordinaria[13].[14] (Énfasis de la Corte)

Así las cosas, es claro el reconocimiento de la competencia y vinculatoriedad jurídica de las decisiones adoptadas por las jurisdicciones indígenas, cuando asumen el conocimiento de un caso, lo cual hace parte de la autonomía jurídica de las comunidades indígenas. De esta manera, este Tribunal ha expresado que cuando las autoridades indígenas se pronuncian sobre algún asunto frente al cual son competentes, lo que ellas decidan tiene el mismo valor jurídico que una decisión de autoridad competente o sentencia ordinaria. Igualmente, ha sostenido que la jurisdicción especial indígena comprende no sólo el ejercicio de la potestad sancionadora sino, en un sentido más amplio, la resolución de todo tipo de controversias entre los integrantes de la comunidad, incluidas las originadas en la distribución de derechos sobre la tierra. En punto a este tema específico sobre la competencia de la jurisdicción especial indígena para decidir controversias que versen sobre la tierra de las comunidades indígenas, existe una amplia jurisprudencia por parte de esta Corporación.[15]

No obstante lo anterior, y dado que la jurisdicción indígena está sujeta a la Constitución y a la Ley, es de resaltar aquí que esta Corte también ha sostenido que “la acción de tutela es procedente para la protección de derechos fundamentales de los miembros de una comunidad indígena eventualmente afectados por decisiones de las mismas autoridades tradicionales de la comunidad, debido a que no existen mecanismos de control judicial en el interior de las comunidades, ni superiores jerárquicos de tales autoridades, por lo que los miembros de la parcialidad, individualmente considerados, están en situación de subordinación e indefensión frente a los órganos de poder del Resguardo”[16]. (Negrillas de la Corte)

En relación con las características normativas del fuero indígena, desde el punto de vista constitucional, el mismo artículo 246 consagra que este derecho del colectivo étnico se encuentra vinculado al derecho colectivo de la comunidad a conocer de sus propios asuntos y a juzgar a sus miembros. Este fuero contiene dos elementos: “i) uno personal, el cual implica que los miembro de la comunidad indígena deben ser juzgados de acuerdo a sus

usos y costumbres); y ii) el otro geográfico, que justifica el juzgamiento de la respectiva comunidad por los hechos que sucedan en su territorio, de acuerdo a sus propias normas”[20]. Para que el fuero indígena sea aplicable se requiere además “que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley”[21].

De esta manera, la jurisprudencia de esta Corporación, desde tempranas decisiones se ha pronunciado en relación con los elementos que componen la jurisdicción indígena, la cual incluye elementos humanos, orgánicos, normativos, geográficos y de no contradicción con la Constitución Política. Acerca de este tema, este Tribunal ha sintetizado que la jurisdicción indígena incluye:

- “ .- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.
- .- Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
- .- Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedural.
- .- Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.
- .- Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley.”[22]

En suma, el derecho fundamental a la libre determinación de los pueblos indígenas está consagrado en los artículos 1, 7, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Carta, en el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración

de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada en el 2007, con lo cual se garantiza la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.[23] A continuación la Sala se referirá brevemente a estos convenios y tratados internacionales.

4. Convenios y tratados internacionales que protegen los derechos de los grupos indígenas y la protección que se brinda a los territorios que ocupan por su importancia para estas comunidades.

Los Estados han adoptado mecanismos de orden internacional e interno para la protección de las minorías étnicas, y especialmente de los grupos indígenas. El pluralismo de la sociedad es alimentado por estos grupos, por lo tanto, merecen ser respetados en sus creencias, costumbres, tradiciones y derecho indígena. Del mismo modo, se ha procurado la protección del territorio que estos pueblos habitan, por la importancia y el papel fundamental que la tierra juega, “tanto para su permanencia y supervivencia, como para su desarrollo político, económico y social, de acuerdo con su cosmovisión y tradiciones”[24].

4.1 Al tratar el tema indigenista a nivel internacional, el primer Convenio que se firmó para tal fin fue el Convenio 107 de la OIT, el cual fue revisado por un grupo de expertos, dando origen al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 de junio de 1989, el cual consagra amplia y detalladamente el respeto de las culturas, formas de vida, tradiciones, costumbres propias, y reconocimiento de la autonomía de las comunidades étnicas. Así este Convenio determina la responsabilidad de los Gobiernos en la participación en todos los ámbitos de los pueblos indígenas con el fin de proteger y promover sus derechos -art.2-; el goce pleno para estos grupos de los derechos humanos y libertades fundamentales sin discriminación alguna -art.3-; el derecho de consulta previa respecto de medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente -art.6-; el derecho a decidir sus prioridades, así como el mejoramiento de sus condiciones de vida, trabajo, salud, educación y medio ambiente, entre otros -art.7-.

Para el tema que hoy nos ocupa, son de poner de relieve los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, los cuales establecen disposiciones especiales acerca del respeto de la tierra o del territorio indígena, que tiene un carácter colectivo y un valor de especial importancia para sus culturas y tradiciones ancestrales, y en consecuencia debe ser protegido de

manera particular por los Gobiernos de los Estados vinculados. Estas normas consagran:

“Artículo 13:

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.
2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

“Artículo 14

1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.
2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.
3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”

De otro lado, se encuentra la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General mediante Resolución 61/295 de 2007. Esta última en sus artículos 3, 4 y 5 reconoce la libre autodeterminación de los pueblos indígenas y los derechos a la autonomía y al autogobierno en los asuntos relacionados con su condición política, social y económica.

4.2 En punto a este tema, es de señalar que tanto los Convenios 107 y 169 de la OIT, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, hacen parte del bloque de constitucionalidad -artículo 93 de la Constitución Política-, y por tanto conllevan la sujeción de los Estados partes respecto de las obligaciones pactadas en los mismos, de manera que dichas obligaciones hacen parte del ordenamiento constitucional interno.

5. Reglas para la solución de tensiones en casos relacionados con la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Reiteración de jurisprudencia.

5.1 De conformidad con la Constitución Política en su artículo 229 Superior, todos los ciudadanos pueden ejercer su derecho fundamental de acceder a la justicia, y por tanto, tener acceso a que se protejan sus derechos fundamentales a través del ejercicio de la acción de tutela, de manera que la población indígena también puede acceder a la misma. En este último caso el juez para valorar, debe tener en cuenta la existencia del fuero indígena y que se hayan respetado los parámetros de solución de asuntos y conflictos que existan en la comunidad respectiva, de conformidad con los usos y costumbres propias de la cultura jurídica de la misma. De esta forma, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido como regla, que cuando uno de los miembros de estas etnias indígenas solicite la intervención del juez de tutela en asuntos internos, deben haber agotado en principio, los procedimientos que haya establecido su comunidad para la solución de dichos asuntos y conflictos internos.[26]

5.2 De otra parte, la jurisprudencia de esta Sala ha establecido algunos principios generales de interpretación para la solución de conflictos entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, los cuales son aplicables igualmente a la interposición de acciones de tutela:

(a) El principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” y correlativamente el de “minimización de las restricciones a su autonomía”, respecto del cual ha afirmado esta Corporación que “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 étnicas[27]. 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 comunidad.”[28] (Resalta la

Sala)

(b) El principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”, según el cual “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”[29]. (Énfasis de la Sala)

(c) El principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, el cual es formulado por la jurisprudencia constitucional teniendo en cuenta dos factores: uno fáctico, relativo a la constatación histórica de una menor aculturación de la comunidad indígena, o con otras palabras, de una mayor conservación de sus usos, costumbres y tradiciones ancestrales; y el otro factor, normativo, que se refiere a la mayor vigencia y eficacia de sus reglamentos internos o legislación indígena propia. De esta manera, esta Corporación ha formulado como criterio de interpretación, que a un mayor nivel de conservación de su cultura y legislación interna, debe existir un mayor respeto por la autonomía de la comunidad indígena respectiva.[30]

5.3 No obstante, la jurisprudencia de este Tribunal ha puesto de relieve, que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena no es absoluto, pues se encuentra dentro de los límites que le imponga la Constitución y la Ley. Así, ha sostenido que los límites a la autonomía de las comunidades indígenas hacen referencia a aquello que se torne en intolerable, desde el punto de vista de los Derechos Humanos, en el marco de un consenso intercultural lo más amplio posible, entendiendo como tales, vulneraciones al derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y los principios del debido proceso y de legalidad, especialmente, en materia penal[31]. Adicionalmente, en casos de conflictos de naturaleza penal, esta Corte ha impuesto como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas, la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 38 C.P.[32]

Acerca del principio de legalidad, la Corte ha indicado que éste se refiere (i) a la existencia de instituciones que permitan conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones, o de soluciones a determinados conflictos; y que (ii) se relaciona con la preexistencia de las formas en que se aplican esas soluciones o

se castigan esas conductas.[33] Igualmente, en relación con el respeto por el derecho fundamental al debido proceso y al principio de legalidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que éste se refiere a la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales de la comunidad.[34]

En consecuencia y teniendo en cuenta los principios hermenéuticos mencionados y las limitaciones constitucionales a la autonomía de las comunidades indígenas, el juez de tutela, al resolver un conflicto originado entre los miembros individuales de un grupo indígena y la misma comunidad como un todo, debe consultar la “especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad en cuestión para resolver el caso, pues cada comunidad es diferente...”[35], de manera que cuando “se presenta una tensión entre los derechos individuales fundamentales y el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el juez debe atender las circunstancias particulares del caso concreto y tener en cuenta que las características de los elementos que integran la jurisdicción especial indígena varían en función de la cultura específica”[36]. (Énfasis de la Sala)

5.4 Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las características constitucionales de un Resguardo son (a) la propiedad colectiva del territorio; y (b) la concepción del Resguardo como ámbito territorial. En punto a este tema ha sostenido que estos conceptos se unifican “en la idea de un espacio cultural en el que se desarrollan los principales derechos de autonomía de las comunidades indígenas”.[37]

En sus pronunciamientos la Corporación ha indicado que con lo dispuesto por el artículo 329 de la Carta Política dota a los Resguardos del carácter de propiedad colectiva de las comunidades indígenas, que se caracteriza por ser imprescriptible, inembargable e inalienable (art. 58 C.P.), como un reconocimiento a la especial relación entre los pueblos indígenas y su territorio; a la posesión ancestral de la tierra; y con el fin de proteger los territorios indígenas de las amenazas a su integridad provenientes de actores sociales legales e ilegales. (Cfr. Artículos 329 y 58 C.P.). [38]

Como segundo punto, el Resguardo es un ámbito territorial, artículo 246 de la Carta, ya que es el espacio en el que se ejercen los principales derechos de autonomía del Resguardo, especialmente, aquellos relacionados con la regulación social y la autonomía política (T-634 de 1999).

En igual sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado la importancia de los censos dentro de la comunidad indígena para un mejor conocimiento de estas comunidades por parte de las autoridades nacionales. Así, el censo se encuentra regulado por el Decreto 159 de 2002, reglamentario de la Ley 715 de 2001 y la Ley 89 de 1890 (artículo 7º).[39] Estos censos no son aceptados por algunos pueblos por cuanto lo consideran discriminatorios, pero la gran mayoría lo acoge como medida para desarrollar políticas públicas. Sin embargo el censo no es el único método para identificación por cuanto existen otros mecanismos para acreditar la calidad de indígena, tales como “las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o Resguardo; las certificaciones del censo interno que, de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, debe llevar cada comunidad; estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto”. [40] En todo caso, para la Corte el censo es muy importante para saber con mayor exactitud el número de miembros en estas comunidades, ya que “[l]os censos han sido concebidos, principalmente como un instrumento para acreditar la condición de indígena y la pertenencia a una comunidad determinada”. [41]

En la determinación de este fuero indígena no solo existe un elemento de carácter personal para que el individuo sea juzgado acorde a las autoridades y normas de su comunidad; sino que también cobra relevancia un elemento de carácter geográfico, según el cual cada pueblo juzga las conductas punibles que han ocurrido dentro de su territorio de tal forma que “no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”[44].[45] Lo anterior, no implica que un juez de tutela le quede vedado intervenir en procesos políticos internos de las comunidades indígenas.[46]

Respecto de los criterios para determinar el fuero indígena y la jurisdicción especial indígena, ya mencionados anteriormente, la Sala reitera que éstos incluyen (a) el criterio objetivo, que se refiere a que en principio cualquier controversia que se presente en un territorio indígena debe ser resuelta en su comunidad, incluyendo de manera prevalente controversias sobre la tierra; (b) el criterio territorial, referido a que la comunidad puede juzgar cualquier conducta cometida en su ámbito geográfico o espacial; (c) el criterio

personal, relativo a que si se trata de un miembro de la comunidad, el mismo debe ser juzgado por ésta, teniendo en consideración el grado de pertenencia y de integración del sujeto a su comunidad, y (d) el criterio institucional, es decir que existan una serie de normas, procedimientos y costumbres que tengan cierto grado de predictibilidad de carácter genérico. Estos criterios pueden tener algunas excepciones que se deben resolver por parte del juez.[47]

De otra parte, la posibilidad de renuncia a la jurisdicción indígena o al fuero especial, se da en los siguientes casos: (a) la renuncia de la comunidad al ejercicio de la jurisdicción indígena, (b) la renuncia del miembro de la comunidad al fuero, por considerar que no se considera indígena o que desiste o reniega de dicha calidad; y (c) la sanción por parte de las autoridades indígenas que ante determinadas conductas del miembro de la comunidad establecen como pena la renuncia a ser miembro de la comunidad a que pertenecen. [48]

6. La relevancia constitucional del territorio indígena

6.1 En cuanto a los artículos constitucionales que protegen la tierra o el territorio de las comunidades indígenas en la Carta Política de 1991, tenemos que el artículo 63 CP, cristalizó el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable de estos grupos al territorio, consagrando que “[l]os bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de Resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”. (Resalta la Sala)

De otra parte, el artículo 329 Superior consagra que “la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará (...) con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial. // Los Resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. (Énfasis de la Corte)

Adicionalmente, el artículo 330 Superior dispuso que los territorios indígenas estén gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades de conformidad con la Constitución y la ley.

En este orden de ideas, es de recalcar que los puntos que definen el derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad[49]. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que (iii) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un Resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad.[50]

6.2 De conformidad con los preceptos constitucionales mencionados, el ordenamiento jurídico colombiano, también ha buscado la protección de los pueblos indígenas, a partir de las siguientes leyes y decretos:

(i) La Ley 135 de 1961 dispuso que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria podía constituir Resguardos de tierras, en beneficio de los grupos o tribus indígenas que no los posean.

(ii) La Ley 31 de 1967 hace referencia al reconocimiento a las comunidades indígenas del territorio que por tradición han ocupado. En dicha ley se incorporó el Convenio 107 de 1957 de la OIT, “sobre Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes”, el cual constituye el antecedente más cercano del Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, aprobado, como ya se indicó, mediante la Ley 21 de 1991. Es de poner de relieve que este último Convenio influyó notablemente en “las previsiones constitucionales que definen y establecen los alcances de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana coincidencia que se nota en todas las disposiciones atinentes al derecho de los pueblos indígenas y tribales, y de sus integrantes a conservar su patrimonio cultural, su vida, su salud y el medio ambiente de sus territorios, como también a propender por el mejoramiento de sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación, y a ser tratados en condiciones de igualdad -artículos 2°, 4°, 5°, 7°, 8, y 13 Convenio 169, artículos 2°, 7°, 10°, 13, 63,72 y 79 C.P.”[51] (Negrillas fuera de texto)

(iii) Mediante el Decreto 2001 de 1988, se reglamentó la constitución de Resguardos indígenas en favor de grupos o tribus ubicados dentro del territorio nacional, los cuales son entendidos como:

“(...) una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.”

(iv) La Ley 99 de 1993 en su artículo 76, hace referencia a la forma como debe hacerse la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, y dispone la obligación de las autoridades de propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades, a saber[52]:

“Artículo 76º.- De las Comunidades Indígenas y Negras. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.”

(v) La Ley 160 de 1994 consagró como uno de sus objetivos “[r]eformar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico y dotar de tierras a los hombres y mujeres campesinos de escasos recursos mayores de 16 años que no la posean, a los minifundistas, mujeres campesinas jefes de hogar, a las comunidades indígenas y a los beneficiarios de los programas especiales que establezca el Gobierno Nacional.”

(vi) Mediante Decreto 2164 de 1995, se definió y diferenció, para efectos de la titulación de tierras, el concepto de territorio y reserva indígena, aceptando como parte del territorio, no sólo las áreas ocupadas regularmente sino también aquellas que se utilizan tradicionalmente en sus actividades. El artículo 2 del citado acto dispuso:

“Territorios Indígenas. Son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.

Reserva indígena. Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades

indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991."

(vii) El Decreto 1397 de 1996, creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, entidad conformada por autoridades estatales, como el Incoder, el Ministerio de Agricultura, el Ministerio del Interior, entre otras. Las funciones de la Comisión, concretamente en relación con los territorios indígenas, son las de:

"1. Acceder a la información consolidada sobre gestión del INCORA respecto de Resguardos indígenas durante el período 1980-1996.

2. Acceder a la información y actualizarla, sobre necesidades de las comunidades indígenas para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de Resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en Resguardo; solicitudes presentadas, expedientes abiertos y estado de los procedimientos adelantados.

3. Concertar la programación para períodos anuales de las acciones de constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de Resguardos y saneamiento y conversión de reservas indígenas que se requieran de acuerdo con la información a que se refiere el numeral anterior, para su ejecución a partir de la vigencia presupuestal de 1997 (...)"

(viii) El Código de Minas consagró un capítulo en el que regula aspectos relacionados con la exploración o explotación de recursos en territorios ocupados por comunidades étnicas real y tradicionalmente. Así, en el artículo 123 dispone lo siguiente:

"Artículo 123. Territorio y Comunidad Indígenas. Para los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan."

Más adelante, en el artículo 127 señaló:

"Artículo 127. Áreas indígenas restringidas. La autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o

explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborigen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.”

Con estas disposiciones legales el Estado: “(i) Garantiza el acceso a las tierras tradicionales y reconoce por medio de títulos legalmente adquiridos una propiedad colectiva sobre sus territorios, (ii) reconoce que el concepto de territorio y reserva indígena no sólo incluye las áreas ocupadas regularmente sino también aquellas que se utilizan tradicionalmente en sus actividades, (iii) contempla entidades estatales especialmente encargadas para realizar el proceso de titulación de tierras mediante un proceso establecido legalmente, (iv) reconoce la autonomía y autodeterminación de los Resguardos con relación a su territorio y (v) en cuanto a la explotación de recursos naturales, como las minas, existen disposiciones que establecen áreas restringidas para evitar la interferencia de terceros en las tierras sagradas de las comunidades indígenas”.[53]

6.3 En armonía con esta normatividad constitucional y legal, la Corte ha señalado la importancia del territorio para las minorías, especialmente para las comunidades indígenas, al ser un elemento que no solo integra sino que define como tal su cosmovisión y religiosidad, además de ser la base de su subsistencia. En punto a este tema, la Sala con base en el Convenio 169 de la OIT y las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente, concluyó que el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra es un derecho fundamental de las comunidades étnicas, aún cuando éste no esté registrado en el capítulo 1º del Título II de la Constitución.[54]

Igualmente, este Tribunal ha explicado que el reconocimiento de la propiedad colectiva de los Resguardos abarca el dominio de los recursos naturales no renovables existentes en su territorio[55], y ha insistido en que la propiedad colectiva sobre los territorios indígenas “reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos”.[56] (Énfasis de la Sala)

En armonía con lo anterior, esta Corporación se ha pronunciado acerca del alcance normativo de las características jurídicas constitucionales mencionadas de los territorios indígenas, esto es, sobre su inembargabilidad, inalienabilidad e imprescriptibilidad. Estas cualidades y el reconocimiento de la ancestralidad como título de propiedad, son notas del

derecho fundamental al territorio colectivo que ejercen las comunidades minoritarias y particularmente los grupos indígenas protegidos por la Constitución Política.[57] En punto a este tema, la Sala reitera que el territorio es “el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena” y que “la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal”.[58] (Resalta la Corte)

De otra parte, esta Corte ha aclarado y precisado que el concepto y la idea de territorio que manejan los pueblos indígenas como parte de su cultura ancestral, su tradición, su cosmovisión, espiritualidad y legislación indígena, es muy distinta a la que se tiene en la cultura occidental. A este respecto ha sostenido que “[P]ara estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por ello, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo (...).// Esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio.// Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad.”[59] (Negrillas de este Tribunal)

En este orden de ideas, la jurisprudencia de esta Corporación, articulando los preceptos 1°, 7°, 8°, 10, 13, 63, 67, 68 y 333 de la Carta Política, a fin de establecer el origen del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva y sus alcances, ha sintetizado las siguientes reglas:

“- Que en la base de nuestro Estado Social de Derecho se encuentra la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan.

- Que la Carta Política, a la par que garantiza la propiedad privada, protege las formas asociativas y solidarias de propiedad, el patrimonio cultural y natural de la nación, las tierras de Resguardo y las comunales de los grupos étnicos y la diversidad e integridad del ambiente.
- Que el derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT.”[60] (Énfasis de la Corte)

En igual sentido, la Corte en Auto 004 de 2009, mediante el cual se protegen los derechos de las comunidades indígenas víctimas de desplazamiento forzado y que se encuentran en riesgo de extinción, evidenció que en estas comunidades tiene un efecto grave y desproporcionado las consecuencias del conflicto armado interno.

Así mismo, ha señalado este Tribunal que el multiculturalismo constituye una riqueza que debe ser preservada “mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales”; debe asegurarse por ende, el respeto por la cultura y valores espirituales de las Comunidades indígenas y ha de resaltarse la importancia que adquiere el nexo de tales valores culturales con el territorio. En ese orden, ha de reconocerse y protegerse de modo efectivo el derecho de propiedad y posesión de los territorios ancestrales y ha de someterse a consulta previa y, en dado caso, a indemnización por perjuicios causados con ocasión del desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales que se adelanten en los territorios de estas Comunidades”.[61] (Resalta este Tribunal)

Por consiguiente, la Corte considera necesario insistir en la relación especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra, pues muchos de sus ritos y tradiciones tienen relación con la misma, ya que para ellos tiene carácter sagrado y un significado espiritual, además, que de ella dependen para su subsistencia. El Manual de aplicación del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales especifica que el concepto de tierra “suele abarcar todo el territorio que utilizan, comprendidos bosques ríos montañas y mares, y tanto su superficie como el subsuelo. La tierra tiene importancia fundamental para la cultura y la vida de muchos de estos pueblos. Es la base de su subsistencia económica, de su bienestar espiritual y de su identidad cultural. Por tales motivos, la pérdida de tierras ancestrales

amenaza su supervivencia misma en cuanto comunidad y como “pueblo”. (Énfasis de la Sala)

Para la Sala reviste especial importancia el artículo 17.1 del Convenio 169 de la OIT que tiene aplicación directa en el caso bajo estudio, ya que señala que “1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre las tierras entre los miembros de los pueblos interesados establecidos por dichos pueblos”.

De otra parte, esta Corporación, referenciando el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, concretamente el artículo 21 de la Convención Americana, reconoce el derecho a la propiedad privada. En cuanto a este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que su interpretación debe ser realizada para que se llenen de contenido los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas, en el marco de la propiedad comunal, desde una expectativa cultural y espiritual. Por lo anterior, el Tribunal ha protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, afirmando que:

“(...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.” (Énfasis de este Tribunal)

Así mismo, es necesario mencionar que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece:

“Artículo 26

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

Artículo 27

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas pertinentes, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso”.

De esta manera, la jurisprudencia constitucional ha garantizado las normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que reconocen a las comunidades indígenas la propiedad de la tierra en forma individual y colectiva, lo cual no se relaciona con la concepción occidental de la propiedad, por cuanto éstos tienen las exigencias y la cosmovisión particular de las poblaciones indígenas y tribales. Por lo tanto, ha entendido que la protección de los territorios indígenas debe tener una especial custodia, debido a la especialísima relación de estos individuos con el espacio que habitan.[62]

7. ANALISIS CONSITUCIONAL DEL CASO EN CONCRETO

7.1 Manifiesta el actor en su acción de tutela que tanto a él, como a los miembros de toda su familia extensiva, les han sido vulnerados por parte del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe Municipio de Páez, en el Departamento del Cauca, sus derechos fundamentales a la igualdad -art.13 CP-, el derecho a la libertad de cultos -art.19 CP-, han sido sometidos a destierro y confiscación -artículo 34 CP-, han sido violados sus derechos a la vida, al trabajo, a la salud, a la educación, los derechos al debido proceso, a la defensa, al buen nombre, a la honra e intimidad, y al principio de favorabilidad e igualdad ante la ley, y han sido desplazados, de manera que les han sido violadas normas de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, siendo objeto de atropellos por la única razón de pertenecer a la asociación OPIC, que es una entidad de derecho público de carácter especial

y debidamente constituida -art. 38 CP-.

Las anteriores vulneraciones se concretan en que el Gobernador del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, con base en lo decidido en la Asamblea de la comunidad, mediante la Resolución No. 001 del 14 de abril de 2012 hecha por los Gobernadores, profesionales y líderes del Resguardo demandado, les exigió la entrega de las casas que habitaban y les dio un plazo para abandonar las tierras y sus cultivos de café, y entregarlas al Cabildo del Resguardo. Con ello considera que les han sido desconocidas las mejoras de las casas, y que el dinero que se les ofreció no corresponde al valor real de las mismas, y que el Resguardo no ha comprado esas tierras, ya que las mismas fueron entregadas al INCORA para las familias afectadas por la avalancha del río Páez en el año de 1994. De manera que considera que dichas tierras pertenecen a las personas afectadas por derecho propio y de posesión. Adicionalmente, menciona que fueron también desvinculados de Familias en Acción, de protección social y del carnet de salud. Por todo lo anterior, considera que el Resguardo no puede estar por encima de la Constitución, ni violarla, argumentando el derecho indígena, y por ello invocan los artículos 7 y 13 de la Constitución, así como la Ley 21 de 1991.

7.2. El Gobernador del Resguardo de Piskwe Tha Fxiw, dio respuesta a la demanda de tutela instaurada contra dicho Resguardo, señalando los siguientes argumentos:

(a) que la Constitución, las leyes y la jurisprudencia constitucional reconocen el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas y su jurisdicción especial, así como el que la tierra indígena es colectiva y por lo tanto es inalienable, imprescriptible e inembargable, de conformidad con los artículos 7, 246, 329, 330, 286 y 287 CP, el art 7 numeral 1 de la Ley 89 de 1990, y los fallos de esta Corte;

(b) que la tierra de los Resguardos es colectiva -artículo 329 CP-, y lo que cada miembro del mismo ostenta es una adjudicación realizada por la autoridad del Resguardo conforme a las normas, usos, costumbres tradición y formas culturales;

(c) que la Asamblea es la máxima autoridad del Resguardo y delega su representación en el Cabildo y el Gobernador elegido, el cual ejerce la voluntad de la Asamblea y del Cabildo, de manera que la obligación del Gobernador y el Cabildo es cumplir con los mandatos de la Asamblea y velar por los recursos del Resguardo, con el fin de que sean usufructuarios de

los mismos los miembros debidamente incluidos en el censo, por cuanto de no hacerse así, se harán mercedores a las sanciones por parte de la comunidad;

(d) que en la Asamblea del 10 de junio de 2011, cuestionada por el actor, se procedió de acuerdo con los usos, procedimientos y costumbres de su Resguardo, ejecutando una decisión legítima de la Asamblea, y que por lo tanto, no es una decisión arbitraria o abusiva;

(e) que los recursos del Resguardo son para los miembros activos del mismo, para quienes hacen parte del censo y de la vida comunitaria del Resguardo y cumplen con los deberes establecidos por las autoridades para ser beneficiarios de los recursos del Resguardo y ser considerados miembros de esa comunidad. Que por tanto es la colectividad quien debe usufructuar los recursos propios del Resguardo, y por lo tanto, es obligación de las autoridades del mismo velar por los intereses y derechos colectivos de su comunidad y administrar los recursos del Resguardo al igual que cumplir con los mandatos de la Asamblea;

(f) que las familias del accionante, por voluntad propia, decidieron no pertenecer más al Resguardo, por lo cual decidieron no inscribirse en el censo, no estando por tanto incluidos en el censo del mismo, dejando de pertenecer a la comunidad del Resguardo Piskwe Tha Fxiw, renuncias que fueron hechas el 26 de junio de 2010 y ratificadas en la Asamblea del 28 de junio de 2010;

(g) que desde el año 2010 se les había informado de la necesidad del Cabildo de disponer de las parcelas adjudicadas a ellos, por cuanto habían decidido no pertenecer más al Resguardo, y que en el año 2011 las familias ratificaron que no deseaban pertenecer al Resguardo y pidieron un tiempo para permanecer en las parcelas, el cual se les concedió, pero al no haber armonía en la convivencia se acordó el pago de las mejoras, insumos y cultivos dándole un millón de pesos por concepto de la casa a José Manuel Marino Ecué y otro millón a José Cruz Ecué, un millón más a Avelino Ecué por los cultivos y dos millones a Justo Ecué por la casa, pagos que se hicieron como apoyo a las familias mencionadas;

(i) que de conformidad con la Constitución las tierras indígenas son colectivas, inalienables, imprescriptibles e inembargables;

(j) Finalmente, menciona que la OPIC no tiene injerencia en su territorio.

7.3. En el presente proceso de revisión se revisan las siguientes decisiones:

7.3.1 El juez de instancia, el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez Belalcazar-Cauca, en Sentencia del 18 de febrero de 2013, resolvió: “Primero: Denegar la acción constitucional invocada por el accionante José Cruz Ecué Gutiérrez en relación con la protección a los Derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, libertad de conciencia, prohibición de destierro y confiscación...

Segundo: Conceder la acción constitucional a favor del señor José Cruz Ecué Gutiérrez, en relación con el derecho consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política, en relación con el reconocimiento, tasación y pago de las mejoras, en el evento de existir, efectuadas en las parcelas que le fueron desadjudicadas por decisión de la Asamblea General de Comuneros del Resguardo Indígena Pichwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, municipio de Páez.

Tercero: Ordenar, la mediación respecto del cumplimiento del punto anterior, del señor Personero Municipal de Páez, Dr. Diego Mesias Belalcazar Yocue en desarrollo de su función como Ministerio Público, del señor Alcalde del municipio de Páez Sr. Samuel Tumbo, del Consejo regional Indígena del Cauca -CRIC-, del Ministerio del Interior Oficina de Asuntos Indígenas y de la Defensoría del Pueblo Nacional y Regional, adelantando las actuaciones necesarias al efecto en un término de cuarenta y ocho horas (48) a partir de las notificaciones de la decisión aquí adoptada, con el objeto de llegar a soluciones pacíficas y concertadas sobre el reconocimiento de las mejoras existentes en las parcelas desadjudicadas, para que la problemática aquí expuesta no se convierta en un problema de orden público en la Región de Tierradentro municipio de Páez, supremamente afectada por diversos fenómenos sociales que la tienen sumida en condiciones de pobreza y violencia;...”.

Como fundamento de su decisión, tuvo en cuenta las siguientes consideraciones:

(a) Le otorga la razón al Resguardo accionado en cuanto a que la desadjudicación de las parcelas de los accionantes es legítima, por cuanto ellos se desvincularon voluntariamente de la comunidad, al retirarse del censo del Cabildo organizado localmente por el CRIC, y

nacionalmente por la ONIC, y decidieron vincularse a la organización OPIC.

(b) Considera que dicha decisión de la Asamblea no constituye una sanción, sino una orden relacionada con el derecho fundamental a la propiedad colectiva, de conformidad con las normas legales establecidas en la Ley 89 de 1990.

(c) Menciona que la OPIC tiene asignados territorios en parte de algunos sectores del departamento del Chocó.

(d) En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad -art.16 Superior-, no vislumbra vulneración, pues evidencia el ejercicio del mismo al renunciar las familias del accionante a ser inscritas en el censo del Cabildo indígena accionado.

(e) De otra parte, consideró que en este caso de desadjudicación de las tierras colectivas del Resguardo accionado, por haberse realizado mejoras en las parcelas tales como cultivos, limpiezas, encerramientos, fruto de su trabajo individual, y al no haber otro medio de defensa judicial idóneo, se debe ordenar a las autoridades tradicionales en conflicto asistir ante la Personería Municipal de Páez -Cauca para que a través del Ministerio Público se logre una concertación civilizada y pacífica sobre dicho asunto, con el fin de que se les reconozca dichas mejoras a quienes han sido objeto de la decisión administrativa por parte de las autoridades indígenas.

7.3.2 Esta decisión fue impugnada tanto por el accionante, quien no está de acuerdo con el fallo de tutela, en cuanto no se reconoce la vulneración de sus derechos; como por el Resguardo accionado frente al segundo ordinal de la parte resolutiva del mismo, frente a cuya decisión solicita que no se le reconozcan mejoras al accionante, las cuales ya se le pagaron con satisfacción.

7.3.3 En decisión de segunda instancia el Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia-Cauca, en Sentencia del 18 de abril de 2013, resolvió: “Primero: Confirmar en su integridad la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Páez Belalcazar, del 18 de febrero de 2013, objeto de impugnación en esta actuación,...

Segundo: Negar la solicitud presentada por el Personero Municipal para realizar el evalúo de mejoras...”.

El Ad-quem comparte los argumentos del juez de instancia, razón por la cual considera que no se vulneraron los derechos fundamentales aducidos por el accionante, ya que la determinación de las autoridades del Resguardo de desadjudicarles las tierras no constituye expulsión o destierro, ya que (a) el accionante era usufructuario de un bien colectivo; (b) tal decisión no implica que tenga que irse del territorio de Páez; y (c) la misma se adopta como consecuencia de su propio actuar, pues renunciaron al Resguardo, no se incluyeron dentro del censo y desconocieron la autoridad tradicional del mismo; (d) considera que cualquier orden en este caso equivaldría a avalar la injerencia de terceros en asuntos internos de la comunidad indígena; y (e) finalmente, comparte igualmente la decisión del juez de primera instancia de ordenar la mediación del Personero Municipal y demás autoridades, para que se logre una concertación al respecto de las mejoras de las parcelas desadjudicadas.

7.4. Al realizar el análisis constitucional del caso en estudio, la Corte concluye que de conformidad con los hechos que constan en el expediente, las normas constitucionales y la jurisprudencia de esta Corporación, no se evidencia vulneración alguna de los derechos fundamentales para el accionante y su familia extensa. Para justificar esta conclusión, la Sala reiterará y aplicará a este caso (i) las reglas jurisprudenciales relativas a la procedencia de la acción de tutela por parte de los integrantes individuales de una comunidad indígena; (ii) la protección constitucional de la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, la autonomía de las mismas, el fuero y la jurisdicción indígena; (iii) los criterios constitucionales para la solución de conflictos entre la jurisdicción indígena y la ordinaria o nacional; (iv) así como la importancia constitucional y esencialidad del territorio para estas comunidades; como pasa a exponerse a continuación:

7.4.1 En primer lugar, en cuanto a la procedencia de la acción de tutela, el Tribunal encuentra que la acción tutelar que ahora se revisa es procedente, por cuanto la jurisprudencia pacífica de esta Corporación ha sostenido que el mecanismo de protección de tutela puede ser enervado tanto por la comunidad como un todo, como también por los miembros individualmente considerados de una comunidad indígena, con el fin de proteger sus derechos fundamentales. En este último caso, los individuos de una comunidad están legitimados para interponer la acción de tutela frente a actos o decisiones adoptadas por las autoridades tradicionales competentes de la comunidad, que consideran han vulnerado sus derechos fundamentales. Esta regla se ha fijado, por cuanto, como quedó expuesto de manera detallada en la parte considerativa de esta sentencia, si bien la Constitución y la

jurisprudencia de esta Corte han reconocido y garantizado de manera prevalente la autonomía, el fuero y la jurisdicción indígena, también han establecido y desarrollado el principio de no contradicción con la Constitución, con el fin de proteger derechos fundamentales y bienes jurídicos esenciales del ordenamiento jurídico constitucional. Igualmente, este Tribunal ha evidenciado que los miembros de las comunidades indígenas se encuentran en una situación de subordinación e indefensión respecto de la estructura institucional y organizativa del respectivo Resguardo, ya que no existen procedimientos de control judicial al interior de las mismas comunidades a través de superiores jerárquicos de tales autoridades a las cuales pueden recurrir.

Así las cosas, en el caso que nos ocupa, el accionante, en nombre propio y los de los miembros de su familia extensa, que comprende cuatro núcleos familiares, cuestiona la aplicación por parte del Gobernador del Resguardo de Piskwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, Paez, del Departamento del Cauca, de una decisión adoptada por la Asamblea General de la comunidad, que mediante la Resolución No. 001 del 14 de abril de 2012, firmada por los Gobernadores, profesionales y líderes del Resguardo, les exigió la entrega al Cabildo del Resguardo de las tierras que les habían sido adjudicadas, dándoles un plazo para abandonar las mismas, así como sus casas y cultivos de café. Así mismo, afirma que el dinero que se les pagó por las casas y cultivos no corresponde al valor real de las mismas. Además, menciona que fueron también desvinculados de otros beneficios, tales como Familias en Acción, de protección social y del carnet de salud. Estas decisiones y actuaciones por parte del Gobernador, de la Asamblea General de la Comunidad y del Cabildo las considera arbitrarias, discriminatorias y violatorias de múltiples derechos fundamentales y con ello de la Constitución, ya que la única razón para que se adoptaran es que pertenecen a la asociación OPIC.

7.4.2 La Sala reitera en segundo lugar, que la Constitución de 1991 establece un nuevo paradigma de reconocimiento y garantía del pluralismo y multiculturalidad, de manera que en sus artículos 7 y 70, así como en los pactos y convenios firmados y ratificados por Colombia y en algunas normas legales sobre protección de las comunidades étnicas y pueblos tribales, se ha consagrado el derecho fundamental de las comunidades indígenas y de sus miembros a la identidad étnica y cultural, derecho del cual se derivan otra serie de derechos fundamentales para las mismas y sus miembros.

Específicamente, en relación con el derecho fundamental a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se insiste en que éste se encuentra consagrado en los artículos 1, 7, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Carta, así como en el Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” y otros instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas adoptada en el 2007, con lo cual se garantiza la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, y el derecho a la autonomía que de este último se deriva.

7.4.3 Como parte de la serie de derechos reconocidos y garantizados, reviste especial relevancia para el caso bajo estudio, el que la Constitución de 1991 haya consagrado la jurisdicción y el fuero especial indígena, a partir del cual, la jurisprudencia de esta Corporación en desarrollo de su alcance normativo, ha establecido una serie de principios hermenéuticos para la solución de casos relacionados con conflictos o tensiones entre la normatividad ordinaria o nacional y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas, principios que la Sala aplica al caso bajo estudio. Los principios más relevantes que ha establecido la Corte son el de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones”, el de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”, y el principio según el cual “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”.

De conformidad con los principios enunciados, en este caso la Sala colige lo siguiente:

(i) En aplicación del primer principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones, debe dársele mayor prevalencia a la autonomía de la comunidad indígena del Resguardo de Piskwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, Paez, del Departamento del Cauca, y a las decisiones adoptadas por sus autoridades ancestrales, tales como el Gobernador, el Cabildo y la Asamblea General de la comunidad. Lo anterior, por cuanto la decisión que ahora se controvierte por el accionante en relación con la orden de entrega de las tierras que le fueron adjudicadas al mismo y a su familia, constituye una decisión que trata (a) sobre un asunto de carácter interno de la comunidad; (b) las tierras son de propiedad colectiva del Resguardo; (c) la decisión se adoptó de conformidad con los usos, costumbres y procedimientos pre establecidos por la comunidad de conformidad con su fuero y jurisdicción que la Constitución les reconoce; (d) la decisión

se tomó teniendo en cuenta que el accionante y su familia renunciaron a pertenecer al Resguardo, tal y como consta en las Actas de las Asambleas de la comunidad que obran en el expediente; y (e) la decisión no resulta violatoria de derechos fundamentales básicos para la Carta Política de 1991 tales como la vida, la prohibición de tortura, de esclavitud, violación del debido proceso, ni se trata de una sanción de carácter penal.

En armonía con lo anterior, esta Corporación reitera su jurisprudencia en cuanto a que el juez constitucional debe mantenerse ajeno a los problemas internos que deban ser conocidos y resueltos por la propia comunidad y que no conlleven la vulneración de los derechos fundamentales de sus miembros consagrados y protegidos en la Carta Política. Así mismo, recaba en que no corresponde tampoco al juez de tutela señalar la forma en que deben ser utilizados los recursos propios de la comunidad, principalmente la tierra, ni pronunciarse sobre cada una de las distintas decisiones adoptadas por la comunidad, reunida en Asamblea General, para la adjudicación de parcelas de tierras a los miembros de la comunidad, o la desadjudicación de las mismas a aquellos que hayan renunciado a pertenecer al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe.[63]

De otra parte, la Sala resalta que el punto nodal en esta discusión es que el accionante y su familia renunciaron expresamente a pertenecer a la comunidad y al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe accionado, tal y como consta en las Actas de la Asamblea General de la comunidad del 28 de junio de 2010 (Folios 94-110). Así en el folio 99 del expediente quedó consignado cómo el secretario lee las renuncias de las familias al cabildo “Jorge Ponton Oteca, José Manuel Marino Ecue Gutierrez, Uwaldina Tenorio Abelino Ecue Gutiérrez y Justo Ecue”, y al final del Acta en folios 104-110 consta que los indígenas antes señalados renunciaron al censo del Cabildo de Pickwe Tha Fxiw, y se excluyen del mismo el nombre de los miembros de sus familias.

En cuanto al censo, la Corte reitera que este instrumento cumple una función importante para la determinación del grupo poblacional de los Resguardos, en razón a que refleja, por regla general, la pertenencia a la comunidad y la identidad indígena, de acuerdo con lo explicado en los fundamentos de este fallo. Por lo anterior, el hecho de que el accionante y su familia renunciaron a estar inscritos o registrados en el censo del Cabildo de Piekme Tha Fxiw conlleva la consecuencia de que pierden la prerrogativa de ser beneficiarios o usufructuarios de los recursos del Resguardo, principalmente del usufructo de la tierra.

(ii) En aplicación del segundo principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, la Corporación constata que este principio es totalmente aplicable para el presente caso, el cual se refiere a un asunto de competencia exclusiva del fuero interno o jurisdicción de la comunidad, del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe y de sus autoridades legítimamente conformadas tales como el Cabildo y la Asamblea General de la Comunidad. Lo anterior, por cuanto estas instancias de la jurisdicción indígena, las cuales tienen autoridad tanto para la adjudicación de parcelas de tierras a los miembros de su comunidad con fines exclusivos de usufructo, ya que la propiedad de la tierra es colectiva para el Resguardo, y éstas son inenajenables, imprescriptibles e inembargables; como también para la desadjudicación de las mismas, cuando ocurra algún hecho que esté previsto en las normas de la comunidad como causal para dicha decisión, tal como la desvinculación o renuncia voluntaria de alguno de sus miembros de pertenecer al Resguardo, como sucede en el presente caso.

La Sala tiene en cuenta también el hecho de que el Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe tiene establecido sus usos, costumbres, principales derechos, obligaciones, forma de organización política, y procedimientos. En punto a este tema, la Corte reitera su jurisprudencia en cuanto a que este Tribunal no tiene competencia para realizar una interpretación autorizada de dichos usos, costumbres, derechos, procedimientos, organización política y legislación indígena, de cuyo compendio esta Corporación ha reconocido que constituye, incluso más allá de normas jurídicas vinculantes, un proyecto de vida.[64]

(iii) En aplicación del tercer principio según el cual a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía de la misma, la Sala concluye que este principio se aplica plenamente en el presente caso, dado que el Resguardo que ahora se demanda y su cabildo, hacen parte de la Asociación de Cabildos de Tierradentro, y del Pueblo Nasa, uno de los pueblos indígenas con mayor grado de conservación de su cultura y de sus costumbres, y con mayor nivel de organización institucional y estructural en cuanto a sus autoridades ancestrales, las cuales se encuentran investidas de la autoridad, legitimidad y competencia para conocer y resolver asuntos internos de la comunidad y asuntos que correspondan al fuero y jurisdicción indígena en amplias y diferentes materias.

De esta manera, este Tribunal insiste en que si alguna práctica, uso, costumbre o regla

establecida en la legislación indígena interna es contraria a los presupuestos normativos imperativos del orden jurídico constitucional, los cuales constituyen al mismo tiempo requisitos sine qua non para el propio reconocimiento y garantía del pluralismo, de la tolerancia y de la multiculturaleza, éstos no pueden ser aceptados ni validados desde el punto de vista constitucional. En consecuencia, esta Corporación ha evidenciado como talanqueras al fuero y jurisdicción indígena el respeto por un mínimo de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, que constituyen los principales bienes jurídicos a proteger, tales como el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente en materia penal, entre otros. Adicionalmente, en casos de conflictos de naturaleza penal, esta Corte ha impuesto como límite a la potestad sancionadora de las autoridades indígenas, la prohibición de imponer penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 38 C.P.

(i) En el presente caso, la Sala evidencia que la decisión adoptada o la orden impartida por la Asamblea de la comunidad, y ejecutada por el Gobernador, relativa a la devolución de las tierras adjudicadas al accionante y su familia, no resulta violatoria de derechos fundamentales básicos para la Carta Política de 1991, tales como la vida, la prohibición de tortura, de esclavitud, violación del debido proceso, y que tampoco se trata de una sanción de carácter penal.

Así, la decisión adoptada por la Asamblea General de la comunidad, en el sentido de excluir de los beneficios de la adjudicación de parcelas de tierras del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe al accionante y su familia extensa, por no pertenecer más de manera voluntaria a la comunidad ni al Resguardo, no constituye, en criterio de esta Sala, una sanción como erróneamente lo plantea el actor, por las siguientes razones:

(a) La decisión que se cuestiona no fue adoptada por el Cabildo que es la principal autoridad del Resguardo, sino por la Asamblea General de la comunidad que, es el órgano que ostenta la soberanía política de la comunidad indígena, esto es, representa el principal órgano de poder político del Resguardo, en el cual se toman las decisiones generales de la comunidad, teniendo como premisa la participación directa y activa de todos los miembros de la comunidad.

(b) La decisión controvertida tampoco constituye una sanción, ya que no se adoptó dentro de un procedimiento judicial de carácter penal o sancionatorio, como consecuencia de una conducta del accionante y de su familia extensa, que da lugar al ejercicio del poder punitivo de la comunidad en el contexto de los usos, costumbres y tradiciones de la misma. La Sala considera que la decisión objetada mediante la tutela, se trata más bien de una medida de carácter administrativo que incumbe a todos los miembros de la comunidad, y consiste en la desadjudicación de parcelas de tierra al accionantes y su familia extensa, debido a la renuncia expresa que éstos hicieron respecto de pertenecer al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, quedando excluidos del censo y de los beneficios correspondientes, entre ellos el de usufructuar los recursos del Resguardo. No desconoce la Corte sin embargo, que esta decisión afecta económica y patrimonialmente al peticionario y a su familia, lo cual sin embargo no tiene el estatus de una vulneración constitucional, ya que la decisión se adoptó con plena garantía de los usos y costumbres de la comunidad, y con pleno respeto del fuero y jurisdicción indígena para ello.

(c) A juicio de esta Corporación, la decisión de la Asamblea General de la comunidad cuestionada en esta oportunidad, tampoco constituye una sanción, pues se toma respecto de uno de los aspectos en los cuales las comunidades indígenas adquieren mayor autonomía, como es la tierra y el territorio, y se adoptó por la comunidad de manera razonable y proporcional, sin implicar una restricción injustificada, irrazonable o desproporcionada de los derechos individuales del actor y de su familia extensa.

(ii) Tampoco encuentra la Corte que se hayan excedido los límites constitucionales que se imponen al fuero y jurisdicción indígena, ya que no se está vulnerando la vida, la integridad, no se está esclavizando, violando el debido proceso, ni desterrando al accionante y a su familia extensa. En igual sentido, no considera la Sala que exista la discriminación que alega el accionante en razón a que ahora pertenecen él y su familia extensa a la OPIC, sino que la decisión se basa exclusivamente en su renuncia expresa en la Asamblea General de la comunidad a pertenecer al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe y negarse a quedar incluidos dentro del censo.

A este respecto existe también precedente constitucional en cuanto a que la pertenencia a la comunidad implica la aceptación del poder político y religioso, que se encuentran fundidos en estas comunidades, y que por tanto el abandono de los usos, costumbres,

tradiciones y legislación indígena de estas comunidades, implica un deterioro de la cultura y tradición del grupo indígena, y que por ésto, las autoridades pueden tomar decisiones que impliquen repartición diferencial o exclusión de usufructo de los recursos propios de las comunidades.[65]

En relación con los demás derechos que el actor considera vulnerados, tales como la presuntas sanciones de destierro y confiscación prohibidas por la Constitución, no encuentra la Corte sustento para dichos cargos, ya que como se comprueba en el expediente de tutela, el Gobernador del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe accionado, la renuncia al Resguardo fue expresa, consciente y voluntaria por parte del actor y su familia extensiva, y quedó consignada en las Actas de las Asambleas Generales de la Comunidad, de manera que por propia voluntad dejaron de pertenecer a la comunidad y con ello de cumplir con las obligaciones que ello implica, y como consecuencia, también de percibir los beneficios que ostentan los miembros del Resguardo que residen en el territorio colectivo.

Adicionalmente, en criterio de la Sala la decisión objetada no implica tampoco ni destierro, por cuanto el actor y su familia pueden permanecer en la región, ni confiscación por cuanto la tierra es de propiedad colectiva del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, y respecto de las casas, ha habido un primer momento de conciliación respecto del monto a modo de compensación que el Gobernador les ha reconocido a las familias afectadas con la decisión adoptada por la Asamblea General de la comunidad.

Finalmente, no encuentra la Corporación que se haya vulnerado mediante la decisión objetada, el debido proceso, dado que la decisión adoptada por la comunidad, como ya se explicó, no es de carácter sancionatorio, pero además se tomó con pleno respeto del debido proceso por la Asamblea General de la comunidad, de conformidad con los usos, costumbres, tradiciones y derecho indígena de la misma, de forma tal que constituye una decisión autónoma sobre la forma en que se desadjudican las parcelas de tierra a los que antiguamente eran miembros de la comunidad pero que de manera voluntaria decidieron renunciar a ella o abandonarla. A juicio de la Sala, la garantía del debido proceso, teniendo en cuenta este contexto, se traduce en el derecho de participación de todo miembro en la Asamblea General.

En este sentido, en las Actas de la Asamblea General de la comunidad consta la orden de que los demandantes devuelvan las parcelas de tierra al Cabildo. Así, en la tercera Asamblea General del 30 de mayo de 2010 (folios 84-90) ante la evidencia de que algunas familias salen del censo del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe para pertenecer a otra organización, el señor Gerardo Menza afirma que “si toman esa decisión y también deben abandonar el territorio, ya que al pertenecer a la otra organización están desconociendo nuestra autoridad legítima. Y yo propongo que demos 6 meses de plazo” lo cual fue reafirmado por otro miembro del cabildo.

En la cuarta Asamblea General del 28 de junio de 2010, se vuelve a hablar con las familias para tratar de persuadirlas para que se queden como miembros de la comunidad y se inscriban en el censo, pero ante la negativa se les da un plazo de seis meses para dejar las tierras del Resguardo.

En la Asamblea General del 3 de agosto de 2011 ante la renuncia que hicieron al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe se les pregunta al accionante y su familia cuándo se van, ellos piden un plazo de 30 días para recoger la cosecha y poder irse a la tierra que ya han comprado en otra lugar (folios 116-118), y el 26 de agosto del mismo año se les da el valor que han pedido por sus casas y otras pertenencias. (Folios 123-124).

7.4.5 En relación con los requisitos para que se configure válidamente, desde el punto de vista constitucional, el fuero y la jurisdicción especial indígena, esta Sala encuentra que en el presente caso se cumple con todos ellos, y que el Resguardo accionado, su Gobernador y Asamblea General de la Comunidad tenían plena competencia para conocer y decidir sobre el asunto en cuestión, ya que se cumple con los siguientes criterios:

(a) El criterio territorial, el cual hace referencia al espacio geográfico que ocupa la comunidad y se hace extensivo a aquellos ámbitos en donde tradicionalmente los indígenas desarrollan sus actividades sociales, económicas o culturales. En este caso bajo estudio, el criterio territorial es de máxima importancia, por cuanto la disputa se da internamente, precisamente en torno a la tierra del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, esto es, a la adjudicación y posterior desadjudicación de parcelas de tierras al accionante y su familia, por causales de orden interno de la comunidad, como en este caso,

el haber renunciado a pertenecer al Resguardo en cuestión.

(b) El criterio personal que se relaciona con las partes involucradas, las cuales deben ser miembros de la comunidad o tener la calidad de indígena, lo cual se determina a través de elementos tales como el censo de la comunidad o un carnet de pertenencia a ésta, y en donde se debe tener en cuenta además el criterio subjetivo, que hace alusión a la conciencia étnica del sujeto y su relación de pertenencia o grado de integración con la comunidad.

La Sala concluye que este criterio se verifica plenamente en el presente caso para convalidar la competencia del fuero y la jurisdicción indígena, ya que la decisión adoptada por la Asamblea General de la Comunidad, el Gobernador del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe demandado, tuvo como origen precisamente el que el accionante y su familia, habían dejado de pertenecer, de manera voluntaria y consciente al Resguardo, mediante renuncias expresas hechas ante la Asamblea General de la comunidad, tal y como consta en el expediente. Por tanto, el accionante y su familia ya no se encontraban inscritos en el censo del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, que es el mecanismo idóneo y adecuado al interior de las comunidades, para la inscripción y verificación de los miembros activos del mismo. En el mismo sentido, la Corte encuentra que se aplica igualmente el criterio subjetivo para legitimar el fuero y la jurisdicción indígena, por cuanto el accionante y su familia, al pertenecer a otra asociación diferente al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, en este caso la OPIC, habían dejado de tener el sentido de pertenencia a la comunidad y la conciencia étnica y el grado de integración con la comunidad, para poder usufructuar de los recursos de la misma, principalmente de la adjudicación de tierras.

(c) El criterio institucional cuyo contenido comporta el grado de desarrollo de la institucionalidad, organización y legislación indígena propia de cada comunidad, de conformidad con el cual se definen los usos y costumbres, legislación indígena, medidas sancionatorias, procedimientos, y autoridades competentes para solucionar los asuntos propios de la comunidad. En este caso, como ya se mencionó, el criterio institucional es bastante fuerte, ya que se trata de un Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de

Itaibe, que pertenece a la Asociación de Cabildos de Tierradentro y al Pueblo Nasa en el Cauca, uno de cuyos cabildos y pueblos indígenas en Colombia, posee mayor grado de conservación de su cultura, usos y costumbres ancestrales, así como de organización institucional, y de legislación indígena interna a través de normas y autoridades ancestrales.

En punto a este tema es de resaltar que el Cabildo del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe hace parte de la Asociación de Cabildos de Tierradentro, del Pueblo Nasa y del CRIC, y por tanto cuenta con una amplia representatividad entre las comunidades de la región. En consecuencia, sus decisiones deben ser respetadas por los órganos del Sistema Jurídico Nacional, pues es una manifestación de autonomía de los Cabildos de Tierradentro.

(d) Finalmente, el criterio objetivo que se refiere a que en principio las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia (de carácter civil, penal, laboral etc.) exceptuando los casos de delitos que “desbordan la órbita cultural indígena” que por su nocividad social deben ser tratados por la jurisdicción ordinaria, como es el caso del terrorismo, el delito de rebelión, el narcotráfico, el contrabando, el lavado de activos, el porte ilegal de armas, la corrupción al sufragante y los delitos de lesa humanidad.

Este criterio se configura plenamente en el presente caso para convalidar la competencia de la jurisdicción del Resguardo demandado, ya que como se mencionó, la jurisdicción especial indígena a través de sus cabildos tiene una amplia competencia para conocer controversias de todo tipo, entre ellas las que se refieren a la distribución de la tierra, y la controversia en cuestión versa sobre una disputa de orden exclusivamente interna, que ni siquiera tiene relevancia de carácter judicial, en el ámbito civil, penal o laboral, sino que más bien se trata de una decisión o acto de carácter administrativo adoptada por la Asamblea General de la comunidad y ejecutada por el Gobernador del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, en relación con la desadjudicación de parcelas de tierras al accionante y sus familias, por el hecho de haber renunciado al Resguardo y por tanto, no pertenecer más al mismo, causal por la cual se ordenó la entrega de las tierras al Cabildo del Resguardado accionado.

En este mismo sentido, es importante mencionar que el artículo 7º de la Ley 89 de 1890,

que definió las relaciones con los pueblos indígenas en tiempos de la Regeneración, y que en buena parte son disposiciones que continúan vigentes y han sido apropiadas por las comunidades indígenas para estructurar su derecho propio consagra:

“Artículo 7º. Corresponde al Cabildo de cada parcialidad

(...)

4. Distribuir equitativa y prudencialmente, con aprobación del Alcalde del Distrito, para el efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados ó mayores de diez y ocho años, quede excluido del goce de alguna porción del mismo resguardo; (...)"

Estas diferentes normas y reglas jurisprudenciales mencionadas a lo largo de esta providencia, son importantes para mostrar que la competencia de los cabildos indígenas para adjudicar derechos sobre la tierra es uno de los elementos centrales de la jurisdicción indígena, reconocido ya desde la colonia e incluso bajo la vigencia de la Constitución de 1886 y su modelo, reafirmado por la Constitución de 1991, de manera que no se trata de un derecho de cuño reciente, sino de una de las competencias que ha estructurado de manera más clara y ancestral las relaciones entre los cabildos indígenas y sus pueblos.

7.4.6 En armonía con lo hasta aquí expuesto, encuentra la Sala que en el presente caso se deben aplicar los artículos 63, 329 y 330 de la Constitución Política, de conformidad con los cuales el ordenamiento jurídico superior protege el derecho fundamental a la tierra o territorios de las comunidades indígenas, el cual es concebido como una propiedad colectiva por parte de las comunidades indígenas, que se caracteriza por (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad; (iii) porque el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un Resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad; y (iv) es un componente esencial para su cultura, cosmovisión, religiosidad, espiritualidad, así como para su subsistencia y supervivencia como pueblos indígenas. De esta manera, la Corte concluye que debe protegerse la decisión adoptada por la Asamblea de la comunidad del Resguardo demandado, con el fin de proteger su derecho fundamental a la integralidad de la tierra o

territorios de dicha comunidad indígena, como derecho colectivo, inenajenable, inembargable, imprescriptible, necesario para su subsistencia y supervivencia, esencial para la conservación de cultura y tradiciones, y que debe ser usufructuado por sus miembros.

En este sentido, es claro para la Corporación la importancia que posee el territorio para la comunidad indígena del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe demandado, ya que el mismo se define a partir de la integralidad del territorio que ocupa y es vital para la conservación de su cultura e identidad étnica, así como para su supervivencia. Así las cosas, la Corte aplica en este caso también la sólida línea jurisprudencial constitucional en la materia, así como los principales instrumentos de derecho internacional relativos a los derechos de los pueblos indígenas, en los cuales se ha reconocido la especial relevancia del territorio para los grupos originarios, así como el carácter esencial del territorio como propiedad colectiva y espacio de interacción cultural y ejercicio de la autonomía, el fuero y la jurisdicción de las comunidades indígenas, como criterio territorial de esto último.

Por lo tanto, la Sala estima que es plenamente válido, desde el punto de vista constitucional y del bloque de constitucionalidad, el que la comunidad del Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe accionado haya decidido que sus recursos territoriales sean usufructuados exclusivamente por los miembros de la comunidad que están debidamente inscritos en el censo, decisión que se encuentra fundada en razones legítimas, como la renuncia expresa y voluntaria del accionante y de su familia extensiva, de no pertenecer al Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe, y no puede por tanto, considerarse discriminatoria.

No escapa a la Corte el hecho de que en algunos casos, la exclusión de algunos miembros de comunidades indígenas puede resultar injustificada e inconstitucional, como cuando un miembro de un Resguardo se ve obligado a abandonar el territorio colectivo por motivos ajenos a su voluntad, como coacción física, desplazamiento o amenazas. Estos casos deben ser tenidos en cuenta por las autoridades indígenas y ser analizados debidamente por los jueces de tutela.

7.4.7 Finalmente, la Sala encuentra conveniente referirse a la pérdida de las familias

accionantes de sus derechos fundamentales a ser parte de algún régimen de salud y de estar inscritos en el programa de Familias en Acción, beneficios que no deberían afectarse por haber renunciado a pertenecer al Resguardo Indígena de que trata esta tutela, ya que son derechos que ostentan por su condición de indígenas, de manera que estas familias indígenas deben tener derecho a mantener estas garantías al ser incluidas en el censo de la OPIC o de alguna de las comunidades indígenas que pertenezcan a esta organización. De esta manera la Corte resalta que si bien el derecho a usufructuar las tierras del resguardo se pierde por el hecho de renunciar a pertenecer al mismo, no se pierden otros derechos fundamentales que se atribuyen debido a la condición de indígena, derechos que los accionantes podrán hacer valer una vez sean incluidos en el censo de la nueva comunidad indígena al que han pasado a pertenecer.

7.4.8 En síntesis y siguiendo la línea jurisprudencial consolidada y sistemática en punto a este tema, este Tribunal protegerá el derecho a la autonomía, al fuero y jurisdicción de la comunidad indígena accionada, y en ese sentido confirmará las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, inclusive la invitación a las partes para que se reúnan con el Ministerio Público con el fin de conciliar el pago por compensación de las casas y cultivos al accionante y su familia extensiva, teniendo en cuenta los pagos ya realizados por el Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe a los mismos y de conformidad con los usos, costumbres, tradiciones y el derecho indígena del Resguardo accionado.

Con fundamento en las consideraciones precedentes, la Sala reiterará las decisiones de instancia, en el sentido de denegar la protección tutelar a los derechos invocados por el actor. Igualmente confirmará la decisión del juez de segunda instancia, en el sentido de que al presentarse desavenencias en cuanto al monto pagado a modo de compensación por las casas y las cosechas, se solicita la mediación “.... del señor Personero Municipal de Páez,

Dr. Diego Mesias Belalcazar Yocue en desarrollo de su función como Ministerio Público, del señor Alcalde del municipio de Páez Sr. Samuel Tumbo, del Consejo regional Indígena del Cauca -CRIC, del Ministerio del Interior Oficina de Asuntos Indígenas y de la Defensoría del Pueblo Nacional y Regional, adelantando las actuaciones necesarias al efecto en un término de cuarenta y ocho horas (48) a partir de las notificaciones de la decisión aquí adoptada, con el objeto de llegar a soluciones pacíficas y concertadas sobre el reconocimiento de las

mejoras existentes en las parcelas desadjudicadas, para que la problemática aquí expuesta no se convierta en un problema de orden público en la Región de Tierradentro municipio de Páez, supremamente afectada por diversos fenómenos sociales que la tienen sumida en condiciones de pobreza y violencia;...”.

IV. DECISIÓN

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

PRIMERO.- CONFIRMAR en su totalidad la sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Silvia-Cauca, calendada el 18 de abril de 2013, en la cual se resolvió “Confirmar en su integridad la sentencia del Juzgado Promiscuo Municipal de Páez Belalcazar, del 18 de febrero de 2013, objeto de impugnación en esta actuación”.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

SENTENCIA T-659/13

PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR AUTONOMIA- Evolución jurisprudencial (Aclaración de voto)

Durante la primera etapa de la Corte el criterio se mantuvo, en su formulación tradicional, como un “dicho al pasar” que no sólo no influyó efectivamente las decisiones de la Corte sino que, incluso, se hallaba en abierto contraste con el sentido real de una jurisprudencia constitucional dispuesta a reconocer, sin discriminar, la autonomía de las comunidades indígenas que, sometidas a más intensos procesos de aculturación, emprendieron procesos de reconstrucción de su identidad étnica y cultural, apropiando para ello elementos de la sociedad mayoritaria. A partir de 2009 se asiste a una segunda etapa en el desarrollo jurisprudencial del principio. En la sentencia T-514 de 2009, la Corte revisó los fundamentos del criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” por considerar que, entendido en su acepción tradicional, resulta incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas. En esta sentencia se reconoce que, “a pesar de que el principio ha sido reiterado desde 1994, no existe un solo pronunciamiento en el que la Corte haya aceptado o impuesto una restricción a la autonomía de una comunidad indígena que ha sufrido un proceso de ‘aculturación’, o de pérdida de costumbres tradicionales”. Sin embargo, en lugar de abandonar este criterio, en esta decisión se propone entenderlo, no como un enunciado normativo, sino como una comprobación descriptiva de la que se deriva una pauta de interpretación según la cual, mientras en el caso de comunidades con alto grado de conservación de su identidad, es preciso un mayor esfuerzo de traducción intercultural, para el caso de comunidades con escaso grado de conservación de sus tradiciones, el diálogo intercultural podrá establecerse con mayor facilidad.

CRITERIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR NECESIDAD DE TRADUCCION INTERCULTURAL/CRITERIO A MENOR CONSERVACION DE IDENTIDAD CULTURAL, NO ES MEJOR LA NECESIDAD DE TRADUCCION (Aclaración de voto)

PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR AUTONOMIA-
Carece de justificación constitucional, no ha sido empleado como regla de decisión efectiva para resolver conflictos entre la jurisdicción indígena y la ordinaria (Aclaración de voto)

Tanto en su formulación inicial como en el entendimiento propuesto a partir de la sentencia T-514 de 2009, el criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” carece de justificación constitucional, salvo alguna excepción, no ha sido empleado como regla de decisión efectiva, y además plantea más problemas de los que soluciona. En virtud de esta problemática que motiva mi aclaración de voto, estimo fundamental que se unifique la comprensión de este principio, e incluso se considere el abandonarlo.

Referencia: Expediente T-3935122

Acción de tutela instaurada por José Cruz Ecué Gutiérrez, contra el Resguardo Indígena Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe.

Magistrado ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte, aclaro mi voto a la sentencia T-659 de 2013.

1. Comparto la decisión adoptada en este caso por la Sala Novena de Revisión, de negar el amparo solicitado por considerar que las autoridades del cabildo Pickwe Tha Fxiw de la Villa de Itaibe actuaron en ejercicio de su autonomía al solicitar al accionante y su familia la devolución de las tierras del resguardo que les habían sido adjudicadas, en atención a que estos renunciaron a su pertenencia a esta comunidad, adscrita al Consejo Regional Indígena del Cauca - CRIC para integrarse, en su lugar, a la Organización de los Pueblos Indígenas de Colombia - OPIC. Asimismo, coincido con la Sala en precisar que, no obstante lo anterior, el accionante y su familia tienen derecho al reconocimiento de sus mejoras, así como a que les sean garantizados derechos que ostentan por su condición de indígenas, con independencia a la comunidad específica a la que pertenezcan, como son su inserción dentro del régimen subsidiado de salud y en el programa de Familias en Acción.

2. Sin embargo, aclaro mi voto en lo que respecta a la inclusión del criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, al que se alude en la sentencia como uno de los principios que han de emplearse para resolver los conflictos entre la jurisdicción indígena y la ordinaria. Discrepo de la utilización de este criterio de decisión, en tanto no responde al modelo de relación con la alteridad diseñado en la Constitución, basado en los principios de no discriminación y de igual respeto por la dignidad de todas las culturas. En segundo lugar, porque en realidad no ostenta el valor de precedente vinculante, sino de un obiter dictum de dudosa justificación constitucional. Finalmente, porque la manera en que es entendido y aplicado en esta sentencia no tiene en cuenta la importante reformulación de la que fue objeto este principio a partir de la sentencia T-514 de 2009.[66]

3. Para fundamentar estas consideraciones, distinguiré las dos etapas que se advierten en la interpretación del criterio en la jurisprudencia constitucional. Seguidamente, examinaré la manera en que es utilizado en esta sentencia y expondré las razones por las cuales la Corte debería desestimar este criterio decisorio.

I. Dos momentos en la interpretación del criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”

4. Aunque esta máxima de decisión ha sido reiterada por la Corte desde su jurisprudencia temprana, se aprecia un importante viraje entre su formulación inicial en la sentencia T-254 de 1994[67] y la reinterpretación de la que fue objeto a partir de la sentencia T-514 de 2009, lo que permite discernir con claridad dos etapas en su evolución jurisprudencial.

Los comienzos: La autonomía reconocida a los pueblos indígenas depende del grado de conservación cultural

5. Este criterio decisorio, planteado por vez primera en la sentencia T-254 de 1994[68], se justificó por la necesidad de colmar el vacío existente en las comunidades indígenas que, por haber estado expuestas de manera más intensa a los procesos de colonización y su consecuente asimilación a la sociedad hegemónica, no contaban con instituciones propias de control social. Se dijo entonces que lo adecuado en estos casos para colmar el vacío institucional y normativo era ordenar el pleno sometimiento de estas comunidades al sistema jurídico nacional:

“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 aquella ocasión la Corte decidió la tutela interpuesta por un integrante de la comunidad indígena de El Tambo (perteneciente al pueblo Pijao del Tolima), que fue sancionado por su comunidad por el delito de hurto. La sanción consistió en la expulsión del territorio del resguardo, junto con toda su familia. La Corte concedió el amparo, por considerar desproporcionada la sanción de expulsar del territorio a todo el grupo familiar, y ordenó a las autoridades del cabildo adoptar una nueva decisión, respetuosa del derecho propio y de las garantías del debido proceso constitucional, que recayera sobre el comunero pero no sobre su grupo familiar. Sin embargo, más allá de su formulación en abstracto, el principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, no tuvo ninguna influencia en la decisión de la controversia, pues el punto de partida fue reconocer el derecho de la comunidad a imponer sanciones en ejercicio de la autonomía reconocida en el art. 246 de la Constitución, sin que para determinar su alcance se concediera relevancia al hecho de que precisamente la comunidad indígena accionada fuera una de aquellas que, tras haber expuesta a un intenso proceso de aculturación, sólo en los últimos tiempos había emprendido un proceso de fortalecimiento y recuperación de su identidad étnica. En definitiva, la formulación de este criterio en la sentencia T-254 de 1994 tuvo el valor de un mero obiter dictum, en tanto no influyó en modo alguno en la decisión allí adoptada, razón por la cual, en rigor, no tenía carácter de precedente que controlara la decisión de casos futuros.

6. No obstante ello, la máxima “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor

autonomía" fue incorporada desde entonces en numerosos pronunciamientos, como parte de la doctrina constitucional consolidada por la Corte para interpretar el alcance de la autonomía jurisdiccional reconocida a las comunidades indígenas, sin que en ninguna de estas decisiones haya sido efectivamente utilizado como razón de la decisión o haya merecido una consideración expresa sobre sus fundamentos.[69]

En la sentencia T-552 de 2003[71] se amparó el derecho de la comunidad indígena de Caquiona, perteneciente a la etnia Yanacona, para ejercer jurisdicción en un caso de homicidio y porte ilegal de armas, no obstante constatar que esta comunidad se hallaba en un proceso de reafirmación de su identidad indígena y de construcción de sus instituciones de control social. La Corte no acogió los argumentos empleados por el Consejo Superior de la Judicatura para negar la competencia de las autoridades indígenas para juzgar el caso, basados en la no existencia de tradición para el juzgamiento de homicidios en dicha comunidad indígena. Al respecto, este Tribunal consideró que:

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

Por su parte, en la sentencia T-009 de 2007[72], la Corte afirmó la competencia de las autoridades de la Laguna de Siberia (etnia Nasa) para conocer de la reclamación interpuesta por uno de sus integrantes, quien reclamó ante la jurisdicción laboral el pago de acreencias laborales al haber prestado sus servicios como conductor del cabildo. Uno de los juzgados laborales que conoció de la demanda, decidió por sí mismo el conflicto de jurisdicciones planteado por las autoridades del cabildo argumentando que, en virtud del

criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, las autoridades indígenas no eran competentes para resolver el caso, al considerar que una actividad como el transporte motorizado era incompatible con la cultura ancestral. En respuesta a este razonamiento, la Corte sostuvo que:

“Los argumentos del juzgado, que señalan que la actividad de transporte no compagina con la conservación de la cultura ancestral, suponen que la autonomía indígena se basa en la marginación y el asilamiento de los pueblos indígenas y, además, desconocen que la diversidad etno-cultural se proyecta en los ámbitos donde la propia comunidad estime que debe manifestarse, sin que el hecho de que una determinada actividad se desarrolle fuera de un resguardo pueda, por sí solo, considerarse suficiente para concluir que no se aplica el principio de diversidad etnicultural”.

8. En suma, durante esta primera etapa el mencionado criterio se mantuvo, en su formulación tradicional, como un “dicho al pasar” que no sólo no influyó efectivamente las decisiones de la Corte sino que, incluso, se hallaba en abierto contraste con el sentido real de una jurisprudencia constitucional dispuesta a reconocer, sin discriminar, la autonomía de las comunidades indígenas que, sometidas a más intensos procesos de aculturación, emprendieron procesos de reconstrucción de su identidad étnica y cultural, apropiando para ello elementos de la sociedad mayoritaria.

Un importante viraje: a mayor conservación, mayor necesidad de traducción intercultural

9. A partir de 2009 se asiste a una segunda etapa en el desarrollo jurisprudencial del principio objeto de análisis. En la sentencia T-514 de 2009[73], la Corte revisó los fundamentos del criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” por considerar que, entendido en su acepción tradicional, resulta incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas, “pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos”. En esta sentencia se reconoce que, “a pesar de que el principio ha sido reiterado desde 1994, no existe un solo pronunciamiento en el que la Corte haya aceptado o impuesto una restricción a la

autonomía de una comunidad indígena que ha sufrido un proceso de ‘aculturación’, o de pérdida de costumbres tradicionales”.

Sin embargo, en lugar de abandonar este criterio, en esta decisión se propone entenderlo, no como un enunciado normativo, sino como una comprobación descriptiva de la que se deriva una pauta de interpretación según la cual, mientras en el caso de comunidades con alto grado de conservación de su identidad, es preciso un mayor esfuerzo de traducción intercultural, para el caso de comunidades con escaso grado de conservación de sus tradiciones, el diálogo intercultural podrá entablararse con mayor facilidad. Al respecto se afirma en la sentencia que:

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

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica”.

En todo caso, se advierte que el menor grado de conservación cultural no puede justificar un menor grado de protección de su autonomía, de tal suerte que “(l)a 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”.

10. Al decidir el caso concreto sometido a consideración de la Corte en aquella ocasión, este principio decisorio fue empleado para justificar la menor necesidad de traducción intercultural, toda vez que en el proceso de recuperación del derecho propio, la comunidad del Resguardo Chenche Buenos Aires Tradicional había adoptado formas y estándares normativos cercanos al derecho estatal. En razón de ello, se estimó que era posible abordar

directamente la interpretación de algunos elementos del Reglamento de la comunidad para decidir el caso, advirtiendo, no obstante, que no era la Corte la intérprete autorizada de dichos preceptos.[74]

11. Desde entonces, el criterio “a mayor conservación, mayor necesidad de traducción intercultural” ha sido reiterado en múltiples pronunciamientos de este Tribunal. Así, en la sentencia T-903 de 2009[75] consideró que, para resolver la controversia planteada, existía una “baja necesidad de traducción de las costumbres del pueblo Kankuamo”. En la T-617 de 2010[76], al afirmar la competencia del cabildo indígena de Túquerres para juzgar a un comunero acusado de acceder carnalmente a una menor, se dijo que “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”; criterio reiterado en la sentencia T-002 de 2012[77], para reconocer competencia, en un caso similar, a la autoridades del Resguardo de La Montaña. Por su parte, en la T-601 de 2011[78], uno de los principales argumentos planteados por la Corte para conceder la tutela interpuesta por las autoridades del Resguardo de San Lorenzo (Riosucio, Caldas), quienes se oponían a la conformación de Juntas de Acción Comunal en su territorio, radicó en la necesidad de no obstaculizar el proceso de reconstrucción identitario de un pueblo cuyo resguardo había sido disuelto en el pasado y cuya supervivencia se encuentra en peligro en razón del conflicto armado. De nuevo, en la sentencia T-514 de 2012[79], se hace mención de este criterio para amparar el derecho de la comunidad indígena Kwet Wala a que la provisión de los cargos administrativos en la institución educativa de la comunidad no se efectuara sin realizar consulta previa. Entretanto, en la sentencia T-523 de 2012[80], al negar el amparo solicitado por dos integrantes del Resguardo de Cristianía que habían sido sancionados por su comunidad, y quienes alegaban vulneración del debido proceso, la Corte reafirma que el criterio “a mayor conservación, mayor autonomía” no puede ser interpretado en el sentido de menguar el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de comunidades en proceso de re-etnización. Al respecto señala que:

12. Sin embargo, durante este período otras decisiones de la Corte han mantenido la referencia al criterio analizado, entendido en su concepción tradicional, lo que indica que el viraje jurisprudencial iniciado con la T-514 de 2009 no se ha consolidado por completo. Tal

es el caso de la sentencia T-973 de 2009[81], única ocasión en el que la máxima “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, ha jugado un rol significativo como fundamento de la decisión. En ella se resolvió la tutela interpuesta por un integrante de la comunidad Kamëntsá Biyá del Putumayo contra la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, quien argumentaba que esta entidad estimulaba la división interna de la comunidad al negarse a inscribirlo como gobernador del cabildo para el año 2007 y, en su lugar, reconocer en el cargo a otra persona. En ese caso se constató que no existían dentro de la comunidad reglas para decidir el conflicto entre los dos grupos que se disputaban la gobernación del cabildo, razón por la cual se dijo entonces que:

“(E)n atención a la seguridad jurídica y social que ofrecen los usos y costumbres dentro de una colectividad indígenas, ha dicho esta Corte que se debe distinguir entre los grupos étnicos que conservan tales tradiciones, de aquellos que no lo hacen. En el primer caso, las reglas diseñadas por la tradición de las comunidades que sí las conservan, deben ser, prima facie respetadas. Los pueblos que no lo hacen, se enfrentan a un direccionamiento mayor de las leyes de la República, pues resulta ajeno al orden constitucional y legal que algunos ciudadanos en ciertas comunidades, ante la carencia de claridad jurídica, puedan quedar “relegados a los extramuros del derecho, por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

Al emplear este criterio en la decisión del caso concreto, la Corte precisó que:

(R)espetando el principio que asegura que “a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía”, se debe comprobar plenamente que (...) la comunidad indígena no cuenta con las instancias o usos y costumbres que le permitan sortear por sí misma el conflicto interno y (...) que a pesar del interés y acompañamiento del Estado en la búsqueda de una solución concertada, ella no fue posible en un plazo razonable de tiempo, agotando todos los mecanismos disponibles de resolución de conflictos para el efecto. De esta forma, sólo ante la dificultad efectiva y manifiesta de un pueblo indígena de darse una solución al conflicto interno y luego de agotadas todas las instancias, podría el Estado intervenir de algún modo en su autonomía política”.

Con todo, en esta sentencia se advirtió que no cualquier intervención estatal para colmar los vacíos normativos de una comunidad indígena resultaba válida, pues sólo lo serán

aquellas que: (i) permanezcan dentro del ámbito de competencias previsto por la Constitución y la ley para la entidad que realiza la intervención; (ii) sean útiles, necesarias y proporcionadas para la protección de los derechos fundamentales o colectivos involucrados; (iii) sean las menos gravosas para la autonomía política de las comunidades étnicas; (iv) se consulten previamente con la comunidad.[82]

13. Con excepción de la anterior, las demás sentencias proferidas en este segundo período donde se ha hecho mención del criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, entendido en su acepción tradicional, éste no ha desempeñado un papel relevante en las decisiones adoptadas, sino que en cada uno de los casos fue reiterado a manera de *obiter dictum*. Así ha ocurrido en las sentencias T-952 de 2010[83], T-812 de 2011[84], T-001 de 2012[85], T-097 de 2012[86] y T-236 de 2012[87].

14. En suma, hasta el presente la Corte no ha unificado su criterio en torno a la comprensión del criterio jurisprudencial objeto de análisis, pues junto a las decisiones que acogen la reinterpretación propuesta en la sentencia T-514 de 2009, para entender que “a mayor conservación, mayor necesidad de traducción intercultural”, en otros pronunciamientos aún persiste la idea de que la autonomía jurisdiccional es un derecho que depende del grado de conservación cultural de la respectiva comunidad.

II. La utilización del principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” en esta sentencia.

15. La sentencia que motiva la presente aclaración de voto deja de lado por completo las razones que, en su momento, llevaron al mismo ponente a proponer la reformulación del citado principio, ya no en términos de reconocer menor grado de autonomía, sino menor necesidad de traducción intercultural, en los casos de comunidades que han estado más fuertemente sometidas a los procesos de colonización y aculturación.

Ignorando el viraje jurisprudencial al que antes se hizo alusión, en el presente caso se vuelve a la comprensión tradicional del principio examinado, al afirmar que “a un mayor nivel de conservación de su cultura y legislación interna, debe existir un mayor respeto por la autonomía de la comunidad indígena respectiva”. Además de ello, esta máxima es empleada para fundamentar la decisión del caso concreto, señalando que:

“(E)ste principio se aplica plenamente en el presente caso, dado que el Resguardo que ahora se demanda y su cabildo, hace parte de la Asociación de Cabildos de Tierradentro, y del Pueblo Nasa, uno de los pueblos indígenas con mayor nivel de organización institucional y organizacional en cuanto a sus autoridades ancestrales las cuales se encuentran investidas de poder y competencia para conocer y resolver asuntos internos de la comunidad y asuntos que correspondan al fuero y jurisdicción indígena en diferentes materias”.

16. Aclaro mi voto en relación con este argumento por cuanto, así entendido y aplicado, desconoce las válidas razones que, a partir del año 2009, llevaron a la Corte a replantear el mencionado principio. En primer lugar, como ya se demostró, porque no corresponde a una regla que tenga el valor de precedente consolidado, pues sólo en una ocasión ha sido empleada como ratio decidendi del fallo[88], sin que en los demás casos guarde coherencia con las decisiones efectivamente adoptadas por esta Corporación en casos en los que está en juego el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas. En segundo lugar, porque no se aviene al modelo de relación con los grupos étnicos establecido en la Constitución, basado en el propósito de reparar las injusticias históricas cometidas contra indígenas, afrodescendientes, comunidades raizales y gitanas, como resultado de los procesos de colonización externa e interna a los que, en mayor grado que el resto de la población, han estado sometidos.

En efecto, la utilización efectiva del criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” contribuiría a reproducir la situación de discriminación que precisamente motivó el reconocimiento en la constitución de derechos para los pueblos indígenas, a manera de reconocimiento por el despojo territorial, cultural y los procesos de exterminio físico y aculturación a los que fueron sometidos estos pueblos desde la Colonia y que se mantuvieron también en la República. Como ya se expuso en la sentencia T-514 de 2009, sería un contrasentido limitar el alcance de la autonomía reconocida a estos pueblos en el caso de aquellos que, precisamente debido a su mayor exposición a los fenómenos de colonialismo externo e interno, fueron despojados de su lengua, de su religión, de sus tierras y de su propia manera de vivir la humanidad.

Además, mantener este principio en su formulación original llevaría a pensar que el fundamento del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho no se

basa en la reparación por las injusticias cometidas en su contra, sino simplemente en el “exotismo” que ellos representan. Esta comprensión del multiculturalismo lleva a que no se reconozca como indígena a quien reclama serlo, sino a aquél que sea tanto “más distinto y más distante”, en términos geográficos y culturales, desconociendo que los fenómenos de aculturación, migración económica o desplazamiento forzado, hace que muchos indígenas en Colombia vivan como y con el resto de la población no indígena. Así entendido, este principio promueve una especie de “multiculturalismo de ghettos”, que sólo reconoce a los indígenas en tanto vivan distinto y lejos de los demás, cuando el espíritu de la constitución multicultural es más bien reconocer la diversidad que habita en el país como un elemento que aporta a la construcción de nación, no desde la insularidad, sino a partir de un diálogo con los otros en condiciones de igualdad. Un diálogo que nos permita aprender de manera mutua y recíproca de cada una de las culturas que convive en el país. De ahí que el reconocimiento de la igual autonomía de los pueblos indígenas para ejercer su jurisdicción, sin reparar en el grado de conservación de sus prácticas ancestrales, tal y como se propone a partir de la sentencia T-514 de 2009, resulte insoslayable para la jurisprudencia constitucional.

III. A menor conservación de identidad cultural, no es menor la necesidad de traducción

17. Pero incluso en su formulación más reciente, en el sentido de “a mayor conservación, mayor necesidad de traducción intercultural”, el citado principio deja abiertas algunas cuestiones sobre las que quisiera llamar la atención. Así entendido, este criterio de decisión se orienta a justificar una “baja necesidad de traducción”[89] o una aproximación “menos exigente”[90], en el caso de comunidades que hayan adoptado categorías y formas del derecho ordinario.

Sin embargo, esta similitud entre el derecho ordinario y las prácticas jurídicas de comunidades indígenas que han adoptado categorías, normas y procedimientos provenientes del primero, puede dar lugar a equívocos. De la misma manera que la existencia de palabras comunes entre lenguas romances como el español y el italiano[91], lleva a pensar, de manera equivocada, que un mismo término tiene idéntico significado en ambas lenguas, de igual modo ocurre en relación con conceptos, normas y procedimientos que, aunque aparentan ser similares, pueden ser entendidos y apropiados de muy distinta manera en el derecho estatal y en el derecho de una determinada comunidad indígena. No

en vano se conoce como “falsos amigos” a este tipo de términos comunes que, en lugar de facilitar la comunicación, con frecuencia son una fuente de malos entendidos y errores de traducción.

18. Un ejemplo tomado de un caso decidido por esta Corte ilustra sobre la necesidad de no confiar en estos “falsos amigos” que resultan de la (aparente) proximidad cultural entre el derecho ordinario y el derecho propio de algunas comunidades indígenas. En la sentencia T-523 de 2012[92] se resolvió la tutela interpuesta en nombre de dos integrantes del Resguardo de Cristianía que fueron sancionados por las autoridades de su comunidad a la pena de prisión, como responsables de “concierto para delinquir”, al probarse que formularon amenazas contra las autoridades del cabildo a través de panfletos. Uno de los cargos formulados en la tutela señalaba que no se había sancionado a los acusados con base en el derecho propio, sino en una norma del Código Penal.

En efecto, entre las pruebas obrantes en el expediente, se encontraba la comunicación enviada por las autoridades indígenas al Director del centro de reclusión del municipio de Andes (Antioquia), donde se cumpliría la condena, en la cual se invoca como sustento legal de la sanción “el Art. 340 del Código Penal modificado por la Ley 733 de 2002, así como la Ley 89 de 1890 y el artículo 246 de la Constitución”.

Una primera aproximación al caso podría hacer pensar que, en efecto, la norma aplicada por la comunidad indígena como fundamento para sancionar había sido el artículo 340 del Código Penal, que consagra el delito de “concierto para delinquir”, lo que parecería dar razón al accionante y, de paso, suponer que la comunidad se había apropiado del derecho estatal ante la falta de normas propias. Sin embargo, al indagar por el sentido que, en el caso concreto, tenía la alusión a este precepto legal, en uno de los dictámenes aportados al proceso se logró establecer lo siguiente:

“La denominación del delito como ‘concierto para delinquir’ no fue el resultado de sancionar una conducta no prevista como falta en el derecho embera, sino el de homologar o traducir esta falta al lenguaje en el que está tipificada en el código penal, y que permite al sistema penitenciario, y específicamente la cárcel de Andes, Antioquia, colaborar con el cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia en ofrecerles los cupos en la cárcel para delitos considerados mayores. Como sugiere el vicegobernador, José Danilo Vaquaza de

Cristianía, 'para enviar a un apersona a la cárcel por algún delito hay que mandarlo con la ley occidental. Si lo mandamos con un delito que no es de allá entonces lo devuelven' (5 de julio, 2010, sede del Cabildo, Cristianía).

Explicaron en la cárcel de Andes que existe una base de datos del INPEC, llamada SISIPE, la cual ya tiene codificados los delitos del código penal, pero cuando venían con otros delitos distintos, el sistema no permitía ingresar los datos del recluso. El Cabildo y el Consejo de Conciliación y Justicia se ven obligados a traducir el delito reconocido por la comunidad a términos que el SISIPE pueda reconocer. Y como el orden de encarcelamiento debe estar en forma escrita, el acta que levanta el cabildo y el Consejo de conciliación y Justicia hace referencia al delito homologado (Reunión con Consuelo Robledo, Procuradora Provincial, Jaime Serna, Director de la Cárcel de Andes. Andes, 19 de julio de 2010). En esta misma reunión, la secretaria del director de la cárcel de Andes intervino para destacar que esta presión para la homologación entre el sistema de faltas de la justicia embera y el listado de delitos del código penal ordinario ya ha dado sus frutos, al manifestar que 'Ya ellos han mejorado eso y nos traen los delitos de la manera en que lo podemos ingresar'."

Así, sólo tras indagar entre los diversos actores involucrados en la controversia, por el sentido de la alusión al artículo 340 del código penal, se logró establecer que, contrario a lo afirmado por el accionante y a lo que a primera vista sugería la aproximación a este caso, el fundamento de la sanción impuesta a los accionantes era una norma del derecho propio, no codificada, y que la mención del citado precepto legal sólo era del esfuerzo para traducir el derecho propio en los términos de la base de datos del INPEC, y no, por el contrario, del vacío normativo de la comunidad que obligara a tomar prestados elementos del derecho estatal.

19. Entender que, en casos como los anteriores, existe una "baja necesidad de traducción" o que en presencia de comunidades con menor grado de conservación cultural es posible lanzarse a la interpretación de los derechos indígenas a la luz de las categorías que utilizamos para entender el derecho ordinario, puede conducir a la jurisprudencia constitucional no sólo a equívocos lamentables, por la confusión a la que pueden inducir estos "falsos amigos", sino a renunciar a una de las principales ganancias que ha traído el reconocimiento de la diversidad cultural y jurídica, como es la disposición a indagar por la manera en que desde esas otras juridicidades que conviven en nuestro espacio social son

pensados y resueltos problemas que nos son comunes. Esa menor exigencia de diálogo intercultural puede llevar a reemplazar la necesidad de escuchar a y dialogar con los otros, por la salida más fácil de suponer que, por el hecho de emplear términos comunes, se han desvanecido las fronteras de diversa índole, entre ellas las culturales, “como si todos habláramos un mismo lenguaje”, que podemos imponer para luego interpretar sin contar con los otros[93].

20. En definitiva, tanto en su formulación inicial como en el entendimiento propuesto a partir de la sentencia T-514 de 2009, el criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” carece de justificación constitucional, salvo alguna excepción, no ha sido empleado como regla de decisión efectiva, y además plantea más problemas de los que soluciona. En virtud de esta problemática que motiva mi aclaración de voto, estimo fundamental que se unifique la comprensión de este principio, e incluso se considere el abandonarlo.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

[1] Ver Sentencia T-002 de 2012.

[2] Ver Sentencia T-049 de 2013

[3] Ibídem.

[4] Ibídem.

[5] Ver Sentencia T-049 de 2013

[6] Consultar la Sentencia T-379 de 2011.

[7] Al respecto la Sentencia T-049 de 2013.

[8] Sentencia T-380 de 1993.

[9] Sentencia C-139 de 1996 y Sentencia 364 de 2011.

[10] Sentencia T-129 de 2011.

[11] Ibidem.

[12] Sentencia T-129 de 2011.

[13] Sobre el ejercicio de funciones jurisdiccionales como derecho y no como obligación, se puede consultar, entre otras, la sentencia T-349 de 1996, mediante la cual esta Corporación, en un caso en que unos indígenas presuntamente asesinaron a otro Embera-chamí, resolvió consultar a la comunidad para que esta decidiera si los sindicados debían ser juzgados por las autoridades indígenas o por los jueces ordinarios.

[14] Sentencia T-001 de 2012

[15] Ver sentencias T-1253 de 2008 y T-514 de 2009, entre otras.

[16] Sentencia 812 de 2011.

[18] Ibidem

[19] Consultar Sentencia 812 de 2011.

[20] Sentencia T-364 de 2011

[21] Ibidem

[22] Sentencia T-349 de 1996.

[23] Sentencia T-907 de 2011.

[24] Sentencia 009 /13

[25] Sentencia 009 de 2013.

[26] Ver Sentencia T-1253 de 2008

[27] “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.

[28] Sentencia T-514 de 2009. Ver también Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, y Sentencia SU-510 de 1998.

[29] Ibidem.

[30] Ver fallos T-254 de 1994 y T-514 de 2009.

[31] Sentencia T-1253 de 2008.

[32] Sentencia T-001 de 2012.

[33] Ver Sentencia T-1253 de 2008.

[34] Consultar al respecto las Sentencias T-523 de 1997 y T-1253 de 2008.

[35] Sentencia T-001 de 2012. Ver también Sentencias T-254 de 1994, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.

[36] Ibidem.

[37] Sentencia T-1253 de 2008.

[38] Ver Sentencias T-188 y T-380 de 1993.

[39] Ver Sentencia T-1253 de 2008.

[40] Ibídem

[41] Ibídem

[42] JARAMILLO SIERRA, Isabel y SÁNCHEZ BOTERO, Esther. La jurisdicción especial indígena en Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Segunda Edición, 2007, p. 91.

[43] Sentencia T-812 de 2011

[44] JARAMILLO SIERRA, Isabel y SÁNCHEZ BOTERO, Esther. La jurisdicción especial indígena en Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, Segunda Edición, 2007, p. 91.

[45] Sentencia T-812 de 2011.

[46] Así, en el caso de la Sentencia T-603 de 2005, la Corte se pronunció de fondo sobre una demanda de tutela en la que se afirmaba que la organización material de las elecciones por parte del cabildo había sido muy deficiente, por cuanto muchas personas con derecho a participar en las elecciones del cabildo no habían podido hacerlo. En este caso se intervino para que la misma comunidad en cumplimiento de sus reglas y en el marco de sus usos y costumbres ideara la forma para que los miembros de la comunidad puedan ejercer el derecho al voto y no para señalar la forma en que debían hacerlo. Ver Sentencia T-1253 de 2008.

[47] Consultar la Sentencia T-001 de 2012.

[48] Ibidem.

[49] Consultar la Sentencia T-282 de 2011.

[50] Ibidem.

[51] Sentencia T-433 de 2011

[52] Ver Sentencia T-009 de 2013.

[53] Sentencia T-009 de 2013.

[54] Ver sentencias T-188 de 1993 y sentencia T-698 de 2011, entre otras.

[55] Sentencia T-380 de 1993.

[56] Sentencia T-525 de 1998.

[57] Ver Sentencia T-235 del 2011.

[58] sentencia T-698 de 2011 y T-617 del 2010.

[59] Sentencia T-693 de 2011.

[60] Ibídem

[62] Ver Sentencia SU-383 de 2003

[63] Ver el precedente de la Sentencia T-514 de 2009.

[64] Ver el precedente de la Sentencia T-514 de 2009.

[65] Ver al respecto la Sentencia SU-510 de 1998, en donde la Corte estudió un conflicto en el que algunos miembros de la comunidad ika, de la Sierra Nevada de Santa Marta, consideraban ser víctimas de sanciones y medidas discriminatorias por parte de las autoridades indígenas, debido a su adhesión a la fe cristiana y la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. En ese caso, la Corte concluyó que debido a que en esa cultura el poder político se encuentra fundido con el poder religioso, el abandono de ciertas tradiciones implicaba un deterioro del poder político y legitimidad de las autoridades ika, principalmente, de la figura del mamo. Por lo tanto, estimó la Sala Plena, la adhesión a la fe cristiana y/o el abandono de las creencias y tradiciones ika constituía un criterio legítimo de diferenciación en el reparto de los recursos. Sentencia T- Sentencia T-514 de 2009.

[66] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[67] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[68] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[69] Tal es el caso de las sentencias T-932 de 2001 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-1130 de 2003 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-811 de 2004 (MP. Jaime Córdoba Triviño),

T-603 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-549 de 2007 (MP. Jaime Araujo Rentería), T-349 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1026 de 2008 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1105 de 2008 (MP. Humberto Sierra Porto), T-973 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), T-952 de 2010 (MP. Jorge Iván Palacio), T-812 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-001 de 2012 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-097 de 2012 (MP. Mauricio González Cuervo), T-236 de 2012 (MP. Humberto Sierra Porto, AV. María Victoria Calle Correa). En buena parte de estas decisiones la alusión al criterio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”, se ha hecho a través de la transcripción textual de los considerandos de la sentencia T-254 de 1994.

[70] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[71] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[72] MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[73] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta sentencia se negó la tutela interpuesta por varios indígenas que abandonaron el territorio del resguardo al que pertenecían (Resguardo Indígena Chenche Buenos Aires Tradicional, de la etnia Pijao, en el Tolima), para radicarse en Bogotá. Los accionantes argumentan que las autoridades de su comunidad vulneran sus derechos fundamentales, al excluirlos de los beneficios de los programas realizados con los recursos que el resguardo recibe del Sistema General de Participaciones, en razón de estar radicados en Bogotá. La Corte sostuvo que no se vulneró la igualdad ni el debido proceso, en tanto la decisión de incluir como beneficiarios de los recursos de transferencias sólo a los indígenas que residen en el territorio constituye, en principio, un ejercicio legítimo de la autonomía decisoria de la comunidad.

[74] Sentencia T-519 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[75] MP. Luis Ernesto Vargas Silva. La tutela resuelta en esta sentencia tuvo su origen en la disputa de dos mujeres integrantes del pueblo Kankuamo - A y B - en torno a un bien inmueble perteneciente a quien fuera padre de A y compañero permanente de B, respectivamente. B acude a las autoridades tradicionales, quienes toman una decisión en equidad, adjudicando el 50% del bien a cada una. Tal decisión no satisface a A, quien interpone tutela alegando violación de sus derechos al debido proceso, estabilidad laboral

reforzada, debido a que fue excluida del cargo de Coordinadora del Grupo de Mujeres que desempeñaba dentro del cabildo, pese a estar embarazada. La Corte niega la tutela en lo relacionado con la decisión adoptada por las autoridades tradicionales respecto del bien, al considerar que actuó en ejercicio de su autonomía jurisdiccional; la concede en cuanto a la violación del derecho al debido proceso en la exclusión del cargo. Sin embargo, consideró que no era procedente ordenar el reintegro de la accionante, pues otra mujer elegida por la comunidad ya ocupaba el cargo que aquella desempeñaba, razón por la cual se ordenó al Cabildo discutir en la próxima reunión esta decisión, contando con la participación y escuchando los argumentos de A.

[76] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[77] MP. Juan Carlos Henao Pérez.

[78] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[79] MP. Luis Ernesto Vargas Silva, AV. Humberto Sierra Porto.

[80] MP. María Victoria Calle Correa.

[81] MP. Mauricio González Cuervo.

[82] En el caso concreto, no fue concedido el amparo por existir un hecho superado. Sin embargo, al enjuiciar la actuación del Ministerio del Interior conforme al estándar mencionado, la Corte concluyó que esta entidad había excedido sus competencias, por no haber consultado previamente con la comunidad la decisión a adoptar respecto del conflicto.

[83] MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Se resuelve la tutela interpuesta por una familia integrante de la comunidad indígena de Fonquetá y Cerca de Piedra Chía, perteneciente a la etnia Muisca, que fue autorizada por el cabildo para instalar una vivienda prefabricada en un lote adjudicado dentro del territorio advirtiendo, en todo caso, que debía cumplir con todas las normas urbanísticas y de servicios públicos. La Oficina de Planeación de la Alcaldía de Chía inicio un proceso sancionatorio por construir “con o sin licencia, pero fuera de la norma” y ordenó suspender la instalación de la vivienda. La Corte negó el amparo solicitado por considerar que, en el caso concreto, prevalece el deber de las autoridades de evitar que

las viviendas sean construidas en zonas de riesgo (como era el caso). Sin embargo, ordena que la Alcaldía inicie un proceso de concertación con las autoridades indígenas y que se realice un estudio de suelos a fin de determinar cuál sería el lugar seguro para instalar la vivienda.

[84] MP. Juan Carlos Henao Pérez. El padre de un menor indígena interpone tutela contra las autoridades del centro educativo Renacer Paez, ubicado en Resguardo de Pitayó de Silvia, Cauca (etnia Nasa), donde el menor cursa estudios, debido a la sanción de fuete y de expulsión del curso de informática impuesta a su hijo, al ser sorprendido cuando intentaba hurtar unos elementos del colegio en compañía de otros menores. La Corte niega la tutela, por considerar que no se vulneró el debido proceso del menor y porque las autoridades indígenas eran competentes para imponerla.

[85] MP. Juan Carlos Henao Pérez, AV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La madre de una menor indígena interpone tutela contra el ICBF y las autoridades de la comunidad indígena Yuri (etnia Puinave y Curripaco), argumentando que el acta de conciliación en el que se otorgó a la familia del padre de la menor la custodia, y el derecho de la madre a permanecer con ella una semana al mes, vulnera sus derechos y los de la menor, debido a la dificultad para ir a visitarla al lugar al que se trasladaron los abuelos de la menor, distante varios días de recorrido. La Corte concede la tutela y ordena, entre otras, realizar una nueva conciliación en el que se asegure de manera efectiva a la madre el régimen de visitas.

[86] MP. Mauricio González Cuervo. Dos indígenas, pertenecientes al resguardo de San Andrés de Sotavento, fueron condenados por la justicia ordinaria, al probar sus nexos con un grupo de autodefensas. Una vez ordenada la captura de los condenados, estos se entregaron ante las autoridades del resguardo para cumplir la pena en un centro de reclusión regentado por la comunidad. Interpusieron tutela para solicitar se les permitiera cumplir la pena en dicho establecimiento y el tiempo que allí permanecieron fuera computado como tiempo efectivo de ejecución de la condena. La Corte negó el amparo solicitado, en tanto ello implicaría reconocer a estas personas, condenadas por la justicia ordinaria, un privilegio para elegir el establecimiento carcelario donde se cumplirá su sanción.

[87] MP. Humberto Sierra Porto, AV. María Victoria Calle Correa. En ella se concede la tutela interpuesta por las autoridades del resguardo indígena de La Montaña contra Corpocaldas, a raíz de la decisión de esta entidad, dentro de un proceso sancionatorio, de autorizar la devolución de un cargamento de madera que fue extraído ilegalmente del territorio del resguardo por algunos integrantes de la comunidad. La Corte reconoce que las autoridades indígenas son competentes para adelantar el proceso sancionatorio en este caso, por estar involucrados integrantes de la comunidad y verse afectado un bien colectivo de ésta.

[88] Así ocurrió en la sentencia T-973 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), a la que antes se hizo alusión.

[89] Así se afirma en la T-903 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[90] Tal y como se señala en la sentencia T-617 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

[91] Vgr. la palabra “burro”.

[92] MP. María Victoria Calle Correa.

[93] En tal sentido, Libardo Ariza explica, a través del relato del Inca Garcilaso de la Vega sobre el origen del nombre “Perú”, surgido del ajuste arbitrario que el colonizador realiza entre su idioma y el de los aborígenes, “como si todos hablaran un mismo lenguaje”, el falso reconocimiento de la alteridad que se produce en contextos de dominación colonial. Derecho, saber e identidad indígena. Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, capítulo 1.