

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Procedencia excepcional por existir perjuicio irremediable

DERECHO DE REPRESENTACION DE INDIGENA EN CARGOS DE ELECCION POPULAR-Perjuicio irremediable por la imposibilidad de su ejercicio

En el caso no se ha dado la suspensión provisional de la anulación de la elección de la tutelante como concejal de Bogotá, lo que hace que al momento se haya impedido absolutamente el ejercicio del derecho a representar políticamente a quienes la eligieron como concejal por más de un año y, conforme pasa el tiempo, la posibilidad del ejercicio del derecho se va perdiendo irreparablemente. La imposibilidad progresiva, día a día, de ejercer el derecho reafirma la inminencia del perjuicio, al igual que su certeza. Además, se trata de un perjuicio grave ya que la eventual vulneración del derecho a la identidad cultural y del ejercicio de derechos políticos de una mujer indígena, que ya ha sido escogida por los sufragantes para representarlos en una corporación pública, compromete principios y valores protegidos por la Constitución. Por último, dicho perjuicio se configura como urgente ya que conforme pasa el tiempo la posibilidad de ejercer el derecho político va disminuyendo puesto que la naturaleza del derecho comprende unos términos que no es posible postergar o diferir en el tiempo, ni mucho menos reemplazar.

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Protección constitucional especial

MULTICULTURALISMO-Reconocimiento y protección/CULTURA O ETNIA-Concepto

DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDAD INDIGENA-Su titularidad como sujetos colectivos se adquiere en desarrollo del principio de diversidad étnica y cultural

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Fundamental colectivo/DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL INDIGENA-Fundamental individual

El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de

ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios. Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Indígenas en centro de reclusión especial

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Protección a la comunidad arhuaca al limitar el ejercicio de la religión evangélica de algunos de sus miembros/RESGUARDO INDIGENA IKA O ARHUACO-Medidas restrictivas de libertad individual para conservación de religión

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Límites jurisprudenciales

Los límites que la jurisprudencia ha establecido al derecho a la identidad cultural han comprendido el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta.

NORMAS DE RESPONSABILIDAD PENAL-Excepción por diversidad etnocultural

En varias ocasiones se ha aplicado la excepción por diversidad etnocultural a reglas de alcance general que rigen para el resto de la comunidad, si bien la Corte ha denominado dichas excepciones de distinta manera. Por ejemplo, la sentencia C-370 de 2002 revisó la constitucionalidad de los artículos 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal. Las normas demandadas establecen la inimputabilidad por diversidad sociocultural. A la luz de las normas juzgadas por dicha sentencia, la diversidad sociocultural puede ser un factor de inimputabilidad penal por el cual si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces

debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural.

GRUPOS INDIGENAS-Trato diferenciado en desarrollo de los mandatos constitucionales

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Ambito de aplicación no se circunscribe exclusivamente al territorio

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde esta ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación. Un ejemplo de esta proyección es la sentencia C-350 de 1994. Si bien la sentencia no hace referencia a las comunidades indígenas directamente si comprende la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural por fuera del ámbito de los territorios indígenas, limitando las decisiones del Congreso de la República en todo el territorio nacional. En la sentencia se consideró que la participación del Presidente de la República en la consagración oficial del país al sagrado corazón quebrantaba el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, por ser el Jefe de Estado símbolo de la unidad nacional. Detrás de la anterior decisión subyace el principio de multiculturalismo de la nación cuya aplicación rebasa el ámbito de los territorios indígenas y del cual se derivan prohibiciones para las diversas autoridades nacionales. Existen otros derechos de las comunidades indígenas que sí se encuentran circunscritos al territorio. Por ejemplo, el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente respecto de las decisiones relativas a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios.

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Participación política

DERECHO A LA PARTICIPACION POLITICA DE COMUNIDAD INDIGENA-Ambito de aplicación

En materia de representación política existe norma expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas puesto que se ha establecido una protección a las comunidades indígenas que asegura un mínimo de representación a nivel nacional. La Constitución en su artículo 171 creó una circunscripción especial de dos Senadores reservada a la representación de los pueblos indígenas. Igualmente, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial en la Cámara de Representantes para los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, circunscripción que podría elegir hasta cinco representantes. Las anteriores disposiciones constitucionales se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales. Este estatuto se inscribe en un contexto en el que la propia Constitución establece, en el ámbito del Congreso de la República, una excepción etnocultural a la regla general de circunscripciones para corporaciones públicas. En la revisión del proyecto de ley que desarrollaba el artículo 176 de la Constitución se señaló que la creación una circunscripción especial para indígenas y minorías, contribuía en forma definitiva a la materialización de diversos valores y principios constitucionales, en especial los de democracia participativa, pluralismo e igualdad dentro del respeto por las diferencias. La Corte entendió que la medida materializaba el derecho a la participación política y se encontraba apoyada en la Constitución como un desarrollo del preámbulo de ésta y de sus artículos 1 y 2 en lo tocante al pluralismo. La Corte precisó que el objetivo de la medida no solo era constitucional sino que desarrollaba los principios mencionados.

DERECHO A LA REPRESENTACION POLITICA-Derecho fundamental colectivo

DERECHO A LA REPRESENTACION POLITICA DE COMUNIDAD INDIGENA-No se limita por el hecho de no pertenecer a un movimiento político

El hacer parte de un movimiento o partido político significa que se comparte una cierta visión política, como lo contempla el anterior artículo. Pero esa definición política no significa que lo único que una persona represente sea ese partido o movimiento político. Así existen muchas

calidades personales, como por ejemplo el género, que responden a identidades sociales o culturales que tienen un efecto de representación adicional. El hecho de que una persona no pertenezca a una determinada lista indígena no significa que pierda la representación de su pueblo ya que la identidad cultural no depende de la pertenencia a una persona jurídica o a un partido político pues la identidad cultural es un fenómeno real y material que es lo que cuenta desde el punto de vista constitucional.

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Ejercicio de la representación política

El ejercicio de la representación política puede ser también una manifestación de identidades culturales, que rebasan la circunscripción de un territorio, ya que el elegido está proyectando la visión de una colectividad que se siente identificada tanto con las calidades personales del candidato como con sus planteamientos políticos.

COMUNIDAD INDIGENA ARHUACA-Criterios para establecer quien hace parte del pueblo indígena

COMUNIDAD INDIGENA ARHUACA-Criterios para establecer a una persona de la comunidad como adulta/COMUNIDAD INDIGENA ARHUACA-Ritos que convierten a las mujeres de la comunidad en personas adultas

COMUNIDAD INDIGENA ARHUACA-Criterios para establecer en que momento una mujer arahuaca puede ejercer derechos políticos/COMUNIDAD INDIGENA ARHUACA-La edad no es un criterio para determinar si una persona se encuentra en capacidad de ejercer derechos políticos

De acuerdo a las tradiciones y costumbres del pueblo arhuaco se considera que una mujer adquiere el poder de la palabra y responsabilidades sociales y políticas una vez ha pasado por los ritos correspondientes al bautizo y a la menstruación. Es desde ese momento en el que una mujer, de acuerdo a su misión con la naturaleza, que ha sido conocida desde su nacimiento por los mamus, comienza a desarrollarse con plenas capacidades. Para el pueblo arhuaco la edad no es un criterio para establecer si una persona se encuentra o no en capacidad de ejercer derechos políticos. Del concepto rendido por uno de los expertos a los que la Corte Constitucional consultó ciertos aspectos sobre la comunidad indígena arhuaca, en la entrevista que realizó con personas de la comunidad, se respondió “¿Por qué los

blancos siempre preguntan nuestra edad? Nos preguntan cuando nos vamos a morir. O, acaso a un árbol o a una mata de maíz le preguntarían ¿Cuándo va a morir, o cuantos años tiene? Los mamus no saben y no les interesa.” Igualmente el otro experto consultado por la Corte Constitucional expresó sobre el tema que “De las consideraciones anteriores se desprende un hecho claro: ser un adulto (adulto) no está marcado necesariamente por alcanzar una edad determinada después de experimentar un evento biológico dado.”

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL-Excepción etnocultural a la norma que establece el requisito de edad para ser concejal de Bogotá

Como lo ha dispuesto la jurisprudencia, es necesario efectuar excepciones culturales a reglas generales cuando dicha excepción responda a la aplicación de un mandato constitucional y esa aplicación no vulnere un derecho individual o valor constitucional considerado de mayor peso. En el apartado 4.4 de esta providencia se estableció que éstos son el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta, todo ello desde el punto de vista de la cosmovisión propia de cada pueblo indígena. La inaplicación del requisito de edad contemplado en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 no incide en ninguno de estos límites. En cambio la aplicación de la norma que establece que la edad para acceder al cargo de concejal de Bogotá es de 25 años sí afecta gravemente el ejercicio de los derechos anteriormente mencionados que distinguen una democracia multicultural, como la colombiana por mandato constitucional expreso, de otra que no reconoce ni protege la diversidad étnica y cultural. Por lo tanto, la aplicación del requisito de edad configura una exclusión de la participación de una ciudadana en una corporación pública cuando ésta ya ha sido escogida para representar a un grupo de personas, mediante voto popular.

COMUNIDAD INDIGENA ARHUACA-Concejal de Bogotá perteneciente a resguardo arhuaco podrá ejercer sus derechos políticos de acuerdo a las costumbres de su comunidad

Como el derecho a la identidad cultural en el ejercicio de la representación política no se encuentra circunscrito a un ámbito territorial ni anulado por la pertenencia a un movimiento político que no es exclusivamente indígena, la tutelante puede ejercer dicho derecho de acuerdo a las costumbres de su comunidad. Las costumbres de la comunidad arhuaca, como se ha constatado en esta providencia, permiten que las mujeres ejerzan sus derechos

políticos y sus responsabilidades sociales una vez hayan pasado por los ritos que las convierten en mujeres adultas, como efectivamente la tutelante lo ha hecho. De acuerdo a lo anterior, la aplicación directa de los artículos 7 y 70 no está excluida ni por razones de orden territorial ni por razones de índole política. Adicionalmente la aplicación de la norma que establece la edad de 25 años como requisito para ser concejal de Bogotá vulnera el goce efectivo del derecho a la identidad cultural, por lo que en el caso es necesaria la aplicación de una excepción por diversidad etnocultural al requisito de edad contemplado en el artículo 27 de Decreto 1421 de 1993. De lo contrario, la tutelante no podría conservar su investidura de representación en el concejo de Bogotá siendo excluida de una lista por la cual ya votaron los ciudadanos de la correspondiente circunscripción electoral, a pesar de ser ciudadana, de haber sido elegida en la lista debidamente inscrita y aceptada por la Registraduría Distrital y de ser apta para representar a su comunidad de conformidad con las tradiciones del pueblo arhuaco. Sin embargo, en la sentencia acusada se anuló su elección y se aplicó de preferencia la norma legal en lugar de aplicar de manera prevalente la Constitución.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS DEL CONSEJO DE ESTADO-Vía de hecho por defecto sustantivo y por defecto fáctico

Referencia: expediente T-1083758

Acción de tutela instaurada por Ati Seygundiba Quigua Izquierdo contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A.

Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil cinco (2005).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de la sentencia del 14 de diciembre de 2004, proferida por el

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Ati Seygundiba Quigua Izquierdo contra Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección A. La anterior sentencia fue remitida a la Corte Constitucional y seleccionada por la Sala de Selección Número Cuatro, mediante auto del 18 de abril de 2005, correspondiendo a la Sala Tercera de Revisión su conocimiento.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda de tutela y contestación

1. Hechos relatados por la tutelante

Sandra Quigua, identificada con la cédula 36.517.414 de La Paz (Cesar), fue inscrita en el renglón 7 de candidatos al Concejo de Bogotá por el movimiento Polo Democrático independiente, mediante formulario E-6. El mencionado movimiento político, mediante formulario E-8, recibido y aceptado el 15 de agosto de 2003 en la Registraduría Distrital, conformó la lista definitiva al Concejo de Bogotá para las elecciones del 26 de octubre de 2003, en la que aparecía como cabeza de lista Alejandro Martínez Caballero, y en el renglón 7 Ati Seygundiba Quigua, quien con ese nombre e identificada con la cédula de ciudadanía 36.517.414 aceptó la candidatura.

La tutelante fue elegida concejal de Bogotá en las elecciones celebradas el 26 de octubre de 2003 en la lista del movimiento político Polo Democrático, de acuerdo al Acta Parcial de Escrutinios, del 13 de noviembre de 2003. En contra de la elección de la tutelante fueron presentadas varias demandas de nulidad, que fueron acumuladas, en las que se buscaba obtener la nulidad del “acto” correspondiente a su elección como concejal por no reunir las calidades para ser elegida Concejal de Bogotá.

La señora Quigua en su contestación a la demanda de nulidad de su elección argumentó que “la exigencia del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, en cuanto regula los requisitos para ser elegido Concejal de Bogotá, se encuentra derogado en lo que se refiere a “tener la misma edad demandada para ser representante a la cámara”. Esa derogatoria la causó

expresamente el artículo 60 de la Ley 617 de 2000, cuando “prescribe que las disposiciones en materia de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones para ser elegido, a cargo o corporación de elección popular para el nivel municipal y Distrital, contenidas en el capítulo 5 de la presente Ley, rigen para Bogotá D.C., en armonía con el artículo de la Ley 136 de 1994.”(Folio 2, C.1)

Igualmente la tutelante solicitó en la contestación a la demanda que “se inaplicara el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, declarando la excepción de inconstitucionalidad, dado que el Ejecutivo se extralimitó al introducir restricciones indebidas, por cuanto el artículo transitorio 41 constitucional, no lo facultó para reglamentar mecanismos de participación ciudadana, derechos fundamentales de las personas como lo es elegir y ser elegido, y que por su carácter de orden público, son exclusivamente reservados para tramites de leyes estatutaria, y que es competencia exclusiva del Congreso de la República.” (Folio 2, C.1)

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia de 2 de septiembre de 2004 declaró “la nulidad del acta parcial de escrutinios, del 13 de noviembre de 2003, en cuanto declaró elegida Concejal de Bogotá, por el período de 2004-2007 a Ati Seygundiba Quigua Izquierdo, de conformidad con lo dicho en la parte motiva.”(Folio 3, C.1)

La accionante interpuso la acción de tutela como mecanismo transitorio por violación a su derecho al debido proceso. Estima que la acción es procedente teniendo en cuenta que el fallo de segunda instancia respecto de la providencia acusada puede producirse por fuera del período en que la tutelante fue elegida como Concejal de Bogotá. La tutelante considera que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca le ha violado su derecho al debido proceso y que el fallo del 2 de septiembre de 2004 constituye una vía de hecho ya que:

1. La demanda contra el acta general de escrutinio del 13 de noviembre de 2003, no cumple con las formalidades exigidas en el C.C.A., artículos 138 y 229 por que la mencionada Acta no fue la que declaró la elección de la tutelante por lo que la demanda de nulidad debió desestimarse y ser rechazada. Adicionalmente el fallo tomó como elemento probatorio un acto administrativo que no está en firme.

1. El gobierno al expedir el Decreto 1421 de 1993 que regula derechos y deberes de las

personas, y que fue invocado como fundamento del fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se extralimitó en sus funciones, ya que la competencia para legislar sobre dichos temas se encuentra en cabeza del Congreso en virtud del artículo 152 de la Constitución.

1. La sentencia contenciosa del 2 de septiembre de 2004 debió haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad ya que el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 vulnera los artículos 1, 2, 93, 94, 95 y 152 de la Constitución.

1. Los derechos de los pueblos indígenas no pueden estar circunscritos a sus territorios ya que la Constitución dispone que Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de república unitaria y con carácter multiétnico y pluricultural, de lo que se deriva que los derechos de los indígenas no pueden estar limitados a nacer en sus territorios y a ser obligados a permanecer en los mismos para gozar de ellos.

La demandante solicita mediante la acción de tutela que se ampare su derecho fundamental al debido proceso y que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso de nulidad de su elección como Concejal de Bogotá, que se inaplique el artículo 27 del Decreto 1421 por estar en contravía con los artículos 1, 2, 93, 94, 95, 99 y 152 de la Constitución y violar sus derechos políticos. Como consecuencia de lo anterior, que se la poseione en el cargo de Concejal de Bogotá y que igualmente se decida archivar el proceso que cursa segunda instancia en el Consejo de Estado, Sección Quinta debido a la apelación presentada contra la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 2 de septiembre de 2003.

1.2. Pruebas aportadas por la tutelante

1. Fallo proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo que declara la nulidad de la elección como Concejal de Bogotá a la demandante.

2. Acta General de escrutinio practicada por la Comisión Escrutadora Distrital el 13 de

Noviembre de 2003 sobre los votos emitidos ante las mesas de votación de las elecciones celebradas el 26 de octubre de 2003, Concejo y Juntas Administradoras Locales.

3. Acta de declaración de elección de los concejales de Bogotá proferida por el superior jerárquico, la Comisión Escrutadora general, delegados por el Consejo Nacional Electoral, comisión principal y los delegados de la Procuraduría General de la Nación.

4. Resolución motivada No. 1 del 13 de noviembre de 2003, proferida por la Comisión Escrutadora General, por medio de la cual se resuelven los recursos interpuestos y las reclamaciones que se formularon contra el Acta General de escrutinio del 13 de noviembre de 2003.

1.3. Pruebas decretadas por el juez de primera instancia

1. Copia del Registro Civil de nacimiento de Sandra Milena Quigua Izquierdo, nacida en Bogotá el 28 de abril de 1980, inscrito en la Notaría Once de la ciudad de Bogotá.

2. Copia del Registro Civil de Nacimiento No. 34221998-expedido en reemplazo del anterior-, de la misma Notaría, que da cuenta que por medio de Escritura Pública No. 2300 del 1 de agosto de 2003 (Notaría Once de Bogotá) Sandra Milena Quigua Izquierdo cambió ese nombre por el de Ati Seygundiba Quigua Izquierdo.

3. Formulario E-6, correspondiente al “Acta de solicitud de inscripción y Constancia de aceptación de Lista de Candidatos” al Concejo de Bogotá para el periodo de 2004-2007 por el partido Polo Independiente Democrático, en cuyo 7 renglón figura Sandra Quigua, Cédula No. 36.517.414.

4. Fotocopia de la Cédula de Ciudadanía No. 36.517.414 expedida en La Paz (Cesar), a nombre de Sandra Milena Quigua Izquierdo.

5. Formulario E-8, que contiene la lista definitiva de candidatos para el Polo Independiente Democrático en el que aparece en el 7 renglón Ati Seygundiba Quigua Izquierdo.

6. Formulario E-26, correspondiente al Acta parcial de Escrutinios del 13 de noviembre de

2003, según la cual la Comisión Escrutadora general declaró la elección de Ati Quigua como Concejal de Bogotá para el período 2004-2007.

7. Experticio Antropológico rendido el 19 de mayo de 2004 por el Director Encargado del Instituto de Antropología e Historia.

2. Decisión del juez de instancia

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda en providencia del 14 de diciembre de 2004 decidió NEGAR el amparo solicitado por encontrar que existen otros medios judiciales de defensa diferentes a la acción constitucional como lo es la impugnación de la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que al momento cursa su segunda instancia en el Consejo de Estado. Para el Tribunal fue claro que no se configuraba un perjuicio irremediable que hiciera la acción procedente como mecanismo transitorio. Así en la providencia se sostuvo que “Sobre el particular, debe la Sala precisar que tal argumento no puede ser de recibo ni mucho menos definitivo al momento de conceder la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues la lentitud o morosidad de las acciones judiciales no pueden constituirse en fundamento para desconocer los mecanismos judiciales específicos y autónomos que establece la ley. (...) En ese orden de ideas, es claro que dentro del presente asunto no se configura un perjuicio de carácter irreparable, porque de resolverse a favor de la actora el recurso de apelación interpuesto por ésta, ante la Sección Quinta de esa Corporación, la peticionaria puede obtener las declaraciones que en sede constitucional persigue.”(Folio 88 y 90, C.1).

II. Consideraciones y Fundamentos

1. Competencia

Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero, y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos

De la descripción de los hechos efectuada en los antecedentes, advierte la Corte que este caso se caracteriza por varias especificidades. Primero, la tutela busca impedir que una

persona sea excluida de una lista por la cual ya votaron los ciudadanos de la correspondiente circunscripción electoral. Segundo, la persona figuraba en la lista electoral en razón a que la Registraduría Distrital así lo autorizó y su nombre en el tarjetón corresponde a su denominación como indígena, Ati Seygundiba Quigua. Tercero, el requisito sobre el cual se ha planteado el debate versa sobre la edad mínima, no respecto de otras condiciones, para ser elegida a una corporación determinada. Cuarto, dicho requisito no fue fijado por la propia Constitución. Tampoco lo fue mediante una ley estatutaria habida cuenta de que limita el ejercicio del derecho constitucional fundamental a ser elegido. Quinto, la sentencia contra la cual se dirige la tutela tiene como efecto negar el ejercicio de dicho derecho político a una indígena que invoca su condición de tal y pide que ésta sea valorada a la luz de la Constitución de 1991. Sexto, el cargo al cual se aspira se inscribe en el ámbito de la contienda democrática caracterizada por el pluralismo, la inclusión y la participación de las diversas expresiones sociales.

En el caso se presentan dos problemas jurídicos a resolver:

2. ¿La aplicación a una mujer indígena de un requisito de edad, que no está expresamente previsto en la Constitución, para acceder a un cargo de elección popular cuando éste difiere de las calidades requeridas en su comunidad para ejercer derechos políticos y de representación, vulnera el derecho fundamental a la identidad cultural y, por lo tanto, la sentencia contencioso administrativa que convalidó la aplicación de dicho requisito constituye una vía de hecho violatoria del debido proceso?

La tutelante considera que su derecho al debido proceso ha sido vulnerado con la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de anular su elección para concejal de la ciudad de Bogotá por no cumplir con el requisito establecido en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 que establece una edad mínima de 25 años para acceder al cargo.

La tutelante sustenta la vulneración de sus derechos argumentando que dicho Tribunal incurrió en una vía de hecho al no individualizar el acto administrativo que la elige como concejal de Bogotá y, además, tomar como prueba un acto administrativo que no estaba en firme. Igualmente, sus consideraciones sobre la violación a su derecho fundamental al debido proceso hacen alusión a que se debió inaplicar el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 por ser éste inconstitucional. Adicionalmente, la demandante sustenta la acción argumentando

que la misma es procedente como mecanismo transitorio ya que, aunque al momento se encuentra en curso el recurso de apelación de la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la jurisdicción contencioso administrativa, el mismo se podría tornar ineficaz en la medida en que ella fue elegida como concejal para el período 2004-2007 y éste podría haber culminado para cuando se profiera la sentencia del Consejo de Estado.

La Corte, para resolver los problemas planteados, 1) verificará si la acción de tutela es procedente en el caso concreto; 2) analizará el derecho a la identidad cultural en el contexto de la Constitución de 1991; 3) precisará el ámbito de aplicación del derecho a la identidad cultural en relación con el derecho a la representación política; 4) establecerá si en el contexto del derecho a la identidad cultural el derecho a la representación política cobra plena vigencia en ámbitos diferentes a las del territorio indígena; 5) verificará si la tutelante efectivamente pertenece a la comunidad indígena arhuaca y, por último, 6) pasará a estudiar la vigencia del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 y su aplicación al caso concreto.

3. La acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable al ejercicio de la representación política como materialización del derecho a ser elegido

El artículo 86 de la Carta Política prevé la protección inmediata de los derechos fundamentales que resulten vulnerados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares i) mediante los mecanismos ordinarios con que cuentan las autoridades judiciales y administrativas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, en los términos del artículo 2º constitucional, o ii) mediante la intervención directa del juez constitucional, cuando dichos mecanismos no están previstos o no resultan eficaces, para que aquel de quien se solicita la tutela actúe o se abstenga de hacerlo.

De acuerdo a lo anterior, la acción de tutela se tiene como un mecanismo subsidiario que procede cuando el afectado no cuente con otro medio judicial para la protección de sus derechos. Sin embargo, la regla cuenta con una excepción en la que la acción de tutela se hace procedente como mecanismo transitorio cuando se constate la existencia de un perjuicio irremediable. La Corte Constitucional en su jurisprudencia se ha pronunciado para establecer que se configura un perjuicio irremediable cuando éste sea cierto, inminente,

grave y de urgente atención. Los anteriores criterios se han sintetizado de la siguiente manera:

La acción de tutela, según ha establecido en repetidas oportunidades esta Corte, fue consagrada por el Constituyente como un mecanismo de naturaleza subsidiaria para la protección de los derechos fundamentales, que no se diseñó para desplazar a los jueces ordinarios del ejercicio de sus atribuciones propias. Por este motivo, el artículo 86 de la Carta dispone que dicha acción “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”¹. La jurisprudencia constitucional, por su parte, ha precisado que este mandato se debe interpretar en el sentido de que los medios alternos de defensa con que cuenta el interesado tienen que ser idóneos, esto es, aptos para obtener la protección requerida, con la urgencia que sea del caso². La idoneidad de los medios de defensa se debe evaluar, por lo tanto, en el contexto particular de cada caso individual, teniendo en cuenta las circunstancias específicas que afectan al peticionario, para así determinar si realmente existen alternativas eficaces de protección que hagan improcedente la tutela.

No obstante lo anterior, el mismo Constituyente introdujo una excepción a dicha regla, en el mismo artículo 86 Superior: a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, será procedente la acción de tutela cuandoquiera que “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. La jurisprudencia de esta Corte³ ha señalado que para efectos de esta disposición, únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente -esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁴.

Si bien los jueces de tutela deben ser estrictos en la aplicación de estos requisitos, para efectos de respetar el carácter subsidiario del mecanismo judicial en cuestión, existen casos en los que el análisis de procedibilidad de la tutela en el caso concreto se debe efectuar en forma más amplia -esto es, menos estricta-, dada la naturaleza de las personas que solicitan amparo para sus derechos fundamentales: se trata de los casos en que estén de por medio los derechos de cualquiera de los sujetos de especial protección constitucional, tales como

niños, mujeres cabeza de familia, ancianos, miembros de minorías o personas en condiciones de extrema pobreza. En tales situaciones, los jueces deben estudiar las características del perjuicio irremediable arriba explicadas con un criterio de admisibilidad más amplio, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.⁵

Para establecer si en el caso en concreto se ha configurado un perjuicio irremediable que haga procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, se pasarán a aplicar los criterios establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

La eventual vulneración del derecho a la identidad cultural de la tutelante, establecido en la Constitución por los artículos 1, 7 y 70, entre otros, se encuentra en este caso estrechamente vinculado al ejercicio de la representación política que, a su vez, se deriva del derecho a la participación ciudadana establecido en el artículo 40 de la Constitución. La acción de tutela busca, en este caso, impedir la exclusión del ejercicio del derecho político a representar, cuando quien la invoca ya ha sido elegida mediante voto popular para ocupar un cargo en una corporación pública. El derecho político a representar, del cual es titular quien ha sido elegido por el sistema uninominal o quien pertenece a una lista que ha obtenido escaños en una corporación pública, es un derecho que se ejerce en momentos constitucionalmente preestablecidos que no pueden ser sustituidos o postergados. El derecho de participación política, en una de sus manifestaciones, se materializa como el derecho a ser elegido, es decir a representar a una colectividad. El ejercicio de este derecho, dependiendo del cargo, se encuentra circunscrito a un límite temporal que comprende un período establecido por la Constitución. Por ejemplo, el artículo 132 de la Constitución dispone que los Senadores y los Representantes serán elegidos por un período de cuatro años. Igualmente, el artículo 323 establece que el período para los concejales es de cuatro años. Existen límites temporales para el ejercicio del derecho de representación que están claramente fijados por la Constitución. Por lo tanto, el ejercicio del derecho no puede llevarse a cabo en cualquier tiempo y de cualquier manera, sino que responde a una delimitación constitucional aplicable por igual a toda una misma corporación pública. Por lo tanto, en el caso concreto se encuentra en entredicho la oportunidad del ejercicio de un derecho fundamental. Cada día que pasa equivale a la imposibilidad absoluta de ejercer la representación de quienes votaron para elegir a una persona para que los represente en una corporación pública. Se

reúnen entonces los requisitos de certeza e inminencia necesarios para la configuración de un perjuicio irremediable.

Igualmente se debe tener en cuenta que en el caso no se ha dado la suspensión provisional de la anulación de la elección de la tutelante como concejal de Bogotá, lo que hace que al momento se haya impedido absolutamente el ejercicio del derecho a representar políticamente a quienes la eligieron como concejal por más de un año y, conforme pasa el tiempo, la posibilidad del ejercicio del derecho se va perdiendo irreparablemente. La imposibilidad progresiva, día a día, de ejercer el derecho reafirma la inminencia del perjuicio, al igual que su certeza.

Además, se trata de un perjuicio grave ya que la eventual vulneración del derecho a la identidad cultural y del ejercicio de derechos políticos de una mujer indígena, que ya ha sido escogida por los sufragantes para representarlos en una corporación pública, compromete principios y valores protegidos por la Constitución.

Por último, dicho perjuicio se configura como urgente ya que conforme pasa el tiempo la posibilidad de ejercer el derecho político va disminuyendo puesto que la naturaleza del derecho comprende unos términos que no es posible postergar o diferir en el tiempo, ni mucho menos reemplazar.

Teniendo en cuenta que el derecho de participación en el poder político es un derecho fundamental, de acuerdo a lo establecido por el artículo 40 de la Constitución y que en el presente caso se encuentra que la imposibilidad del ejercicio del derecho, para el cual se ha establecido un período determinado constitucionalmente, configura un perjuicio que, de acuerdo a los criterios de la Corte Constitucional, se verifica como cierto, inminente, grave y de urgente atención, esta Sala considera que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio.

Habiendo verificado la procedibilidad de la acción de tutela, la Sala pasará ahora a analizar el derecho a la identidad cultural y el pluralismo en la Constitución de 1991.

Al margen de las diversas controversias planteadas por la tutelante, el punto constitucional que se presenta en el caso versa sobre el goce efectivo de la identidad cultural de una mujer indígena en el ejercicio de derechos políticos, que ha sido impedido por un requisito de edad

que no se encuentra contemplado en la Constitución. Entonces, se debe aclarar que la presente providencia no implica un pronunciamiento sobre lo que pueda ser decidido por la jurisdicción contencioso administrativa, que es el juez competente para revisar la legalidad de la elección de la concejal, pues lo que mirará el juez constitucional es precisamente si ha existido una vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante en el ámbito constitucional.

4. El derecho a la identidad cultural y el pluralismo a la luz de los mandatos constitucionales consagrados en los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución que disponen el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la promoción de los diversos valores culturales de la Nación.

4.1 Breve alusión al multiculturalismo en la Constitución de 1991

Para poder resolver el problema planteado es necesario, primero, situar en el contexto de la Constitución de 1991 los principios que rigen el derecho a la identidad cultural y su correspondiente desarrollo jurisprudencial.

El artículo 1 de la Constitución dispone que Colombia es un Estado social de derecho que se encuentra organizado en una democracia participativa y pluralista:

ARTICULO 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.(Subraya fuera del texto original)

Sumado a lo anterior, el artículo 7 de la Constitución establece que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural. Por lo tanto, el principio del pluralismo se proyecta en el mandato no solo de reconocimiento del multiculturalismo de la Nación sino también de su protección:

ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (Subraya fuera del texto original)

Pero el Estado colombiano no se limita a reconocer y proteger las diversas culturas que son

fundamento de la nacionalidad colombiana sino que, adicionalmente, por mandato constitucional debe promover la difusión de los valores culturales que se manifiestan en cosmovisiones diversas características de las colectividades humanas pero todas igualmente dignas de proyección en el ámbito de la Nación dentro de la cual conviven:

ARTICULO 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación. (Subraya fuera del texto original)

En el constitucionalismo colombiano el multiculturalismo es un pilar de la nacionalidad y en consecuencia el Estado tiene la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural y, adicionalmente, promover dicha diversidad, de lo cual depende la convivencia armónica dentro de una democracia participativa.

De las anteriores disposiciones se deduce el derecho a la identidad cultural. Para situar el derecho en contexto y establecer a quien corresponde su titularidad y cuál es su contenido, es preciso recordar el concepto de cultura o etnia valorado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

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

(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia

individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.

“La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de “cultura”. Este término hace relación básicamente al “conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.” En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos. 6

Dentro de la anterior definición se identifican, entre otros, los pueblos indígenas como uno de los grupos humanos que ostentan una cultura específica y diferenciable.

El derecho a la identidad cultural se deriva del principio a la diversidad cultural establecido, entre otros, en los artículos 1, 7 y 70 de la Constitución⁷, como ha sido señalado.

En desarrollo del principio de diversidad cultural las comunidades indígenas ostentan la titularidad de derechos fundamentales como sujetos colectivos. La sentencia SU-510 de 1998 es ilustrativa de este avance conceptual, además de unificar la jurisprudencia sobre el tema hasta ese momento.

En la sentencia SU- 510 de 1998 se revisó el caso de unos miembros de la comunidad Ika que abandonaron sus creencias religiosas tradicionales para acoger la religión evangélica. Los demandantes alegaban que las autoridades arhuacas los sancionaban colgándolos de los árboles, entre otras cosas, y que se estaba violando el derecho de los evangélicos a profesar su religión. La Corte decidió proteger el derecho a la diversidad cultural y étnica encontrando una limitación válida al derecho a la libertad de religión. La Corte consideró permisible que las autoridades tradicionales que prohibían el proselitismo religioso en su territorio sancionaran a sus miembros por actos externos contrarios a la religión Ika y, por lo tanto, contrarios al derecho del pueblo indígena a preservar su identidad cultural dada la trascendencia de la religión en la comunidad. En la sentencia, la Corte se pronunció de la siguiente manera respecto del principio de diversidad étnica y cultural:

43. En general, la Corporación ha entendido que los artículos 1° y 7° de la Carta Política consagran el principio de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los artículos 8° (protección de la riqueza cultural de la nación), 9° (derecho a la autodeterminación de los pueblos), 10 (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68 (respeto a la identidad en materia educativa), 70 (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas) y 72 (protección del patrimonio arqueológico de la nación) constitucionales.⁹ A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

De lo anterior se infiere con claridad que, para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana¹⁰ y obedece a “la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.”¹¹

En estas condiciones, como fue mencionado, la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales.¹² Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser diferentes en cuestiones de raza, o cultura.¹³ En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y participativa (C.P., artículos 1° y 2°) y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (C.P., preámbulo y artículos 1°, 7°, 13 y 16).¹⁴

44. El anotado principio otorga a las comunidades indígenas, entendidas éstas como los conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social que las diferencian de otras comunidades rurales (Decreto 2001 de 1988, artículo 2°), un status especial que se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus valores culturales propios (C.P., artículo 246). Igualmente, la Carta les confiere el derecho de gobernarse por autoridades propias según sus usos y costumbres (C.P., artículo 330); consagra una circunscripción electoral especial para la elección de senadores y representantes (C.P., artículos 171 y 176); y, les garantiza el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios (C.P., artículos 63 y 329).¹⁵

45. Adicionalmente, la Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. En este sentido, la Corporación ha manifestado que “[e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.”¹⁶

A este respecto, la jurisprudencia ha precisado que los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Ciertamente, cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos o intereses difusos (C.P., artículo 88).¹⁷

46. Con base en la anterior doctrina, la Corte ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (C.P., artículo 11); el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la

diversidad y del carácter pluralista de la nación (C.P., artículos 1° y 7°) sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada (C.P., artículo 12); el derecho a la propiedad colectiva (C.P., artículos 58, 63 y 329); y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.¹⁸

La anterior jurisprudencia consolida el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas bajo el entendido de que la titularidad del mencionado derecho se encuentra en cabeza de éstas como sujetos colectivos de derechos fundamentales.

En la jurisprudencia el derecho a la identidad cultural se ha proyectado de varias formas y en múltiples ocasiones, por lo que a continuación, sin ánimo de ser exhaustivos, se reseñaran algunas de las manifestaciones de este derecho, en especial las que se consideran más relevantes para el caso.

Por ejemplo, una aplicación directa y temprana del derecho a la identidad cultural, como parámetro para verificar la constitucionalidad de las normas revisadas, se puede ver en la sentencia C-027 de 1993¹⁹. En dicha sentencia la Corte estimó que la protección de la identidad cultural impide que el Estado asuma compromisos que promuevan la evangelización de los pueblos indígenas. La sentencia juzgó la constitucionalidad de la Ley 20 de 1974, y del correspondiente tratado, que aprobaba el concordato entre el Estado colombiano y la Santa Sede. La Corte consideró que el concordato al disponer un trato preferencial para la Iglesia Católica implicaba una discriminación contra las demás iglesias de las religiones que se profesan en el país. Igualmente, el concordato establecía respecto de los indígenas que la Iglesia Católica colaboraría en la elaboración e implementación de programas de promoción social para las comunidades indígenas ubicadas en zonas marginadas y que ella llevaría a cabo mediante misiones su evangelización (artículos 6, 13 y 16 de la norma demandada). Lo anterior fue considerado por la Corte como una violación del derecho de las comunidades a la identidad cultural. Las normas referidas fueron declaradas inconstitucionales de acuerdo a los siguientes criterios:

Los integrantes de los grupos étnicos, según mandato del artículo 68 “Tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su propia identidad cultural”, a las autoridades de los pueblos indígenas se les permite ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean

contrarias a la Constitución y leyes de la República (art. 246).

Para integrar el Senado de la República, se crea un número adicional de dos Senadores elegidos en circunscripción nacional especial por comunidades indígenas (art. 171). Reconoce también el Estado y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7°).

Frente entonces a ordenamientos tan categóricos de la nueva Carta en pro de la etnia indígena, no se ajusta a esos postulados el artículo VI subexamine, el cual además, cuando prescribe que la misma sea susceptible de un régimen canónico especial, no se aviene al derecho a la libertad de cultos, que le permite a toda persona la profesión libre de su religión y coloca a todas las confesiones religiosas en pie de libertad ante la Ley (art. 19).²⁰

El derecho de las comunidades indígenas a conservar sus costumbres y tradiciones fue amparado como una proyección del derecho a la identidad cultural en la sentencia C-377 de 1994²¹ que revisó algunos apartes del artículo de la Ley 14 de 1962 que establecían títulos de idoneidad para poder ejercer la medicina y cirugía. La sentencia declaró exequible la norma. Sin embargo, la Corte aclaró que lo que se asevera respecto a la práctica de la medicina no puede afectar la actividad de brujos, curanderos o chamanes, dado que dicha actividad está amparada por el principio de la protección a la diversidad étnica. Así la Corte garantizó que las prácticas indígenas de curación no estuvieran sometidas al régimen general aplicable a la medicina para que se pudiera expresar libremente la identidad cultural. Al respecto la Corte expresó: “Todo lo dicho no implica que en algunos grupos especiales, tales como las tribus indígenas, no puedan existir brujos, chamanes o curanderos que se dediquen a su oficio según sus prácticas ancestrales. Su actividad está protegida por el artículo 7o. de la Constitución, que asigna al Estado la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural.”

Otra manifestación del derecho a la identidad cultural, que ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, corresponde al derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas y respetando su organización política²², cada vez que se vayan a adoptar medidas susceptibles de afectarlas directamente en sus territorios en ciertas materias definidas jurídicamente, derecho que ha sido calificado como derecho

fundamental de las comunidades indígenas. Respecto al tema, la jurisprudencia se ha pronunciado estableciendo que el Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991 hace parte del bloque de constitucionalidad²³, reforzando la protección al principio establecido en el artículo 7 de la Constitución.

Para delimitar las condiciones en que se debe cumplir con la aludida obligación la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C- 169 de 2001²⁴ sobre los casos en que se comprendía que se debe efectuar la consulta previa, sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes²⁵. Por ejemplo, es obligatorio llevar a cabo una consulta previa en los casos de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (art. 330 C.P)²⁶. Por lo tanto, las comunidades indígenas tienen un derecho fundamental a la participación como colectividad culturalmente distinta. La Corte lo reiteró de la siguiente manera:

Con base en esta disposición, la Corte, en la sentencia SU-039 de 1.997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), determinó que “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad (...) que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social” (subraya fuera del texto). En otras palabras, los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a ser consultados en estos casos particulares, no sólo por ser la consulta una manifestación de su derecho fundamental -individual y colectivo- a la participación, sino por constituir el medio a través del cual se protegerá, en esos casos, su integridad física y cultural; en tal sentido específico, esta Corporación afirmó, en la misma oportunidad, que el Convenio 169 de la O.I.T. conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.”

Otra manifestación del derecho a la identidad cultural es la protección de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas. Además de las sentencias de tutela al respecto²⁷, la Corte se ha pronunciado con efectos erga omnes sobre dicho derecho. En la sentencia C-180 de 2005 se demandaron los literales a y b del artículo 21 y el párrafo del artículo 85 de la Ley 160 de 1994 por considerar que esas normas vulneraban el derecho a la igualdad configurando un trato discriminatorio entre indígenas y campesinos. Para el demandante resultaba discriminatoria la concesión a los campesinos de subsidios de hasta el setenta por ciento (70%) del valor de las unidades agrícolas familiares (artículo 21 Ley 160 de 1994), frente a la entrega a título gratuito a las comunidades indígenas de los predios y mejoras adquiridos para la ejecución de los programas de constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos y dotación de tierras (párrafo 1° artículo 85 de la Ley 160 de 1994). La Corte declaró la constitucionalidad de las normas por considerar que “Finalmente el grado de promoción o satisfacción de la finalidad perseguida con la medida de protección contemplada por el legislador es alto, pues la entrega a título gratuito de predios a las comunidades indígenas permite que se consolide la propiedad colectiva sobre los resguardos y con ello se arraigue la identidad cultural de las comunidades indígenas estrechamente vinculada a la propiedad de la tierra. Mientras que el grado de afectación del deber de promoción de los campesinos es débil pues estos son titulares de medidas que igualmente les permiten el acceso a la propiedad como lo son los subsidios y los créditos.”²⁸

Otra manifestación del derecho a la identidad cultural es el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. El derecho a la autodeterminación es un derecho colectivo que recae sobre los pueblos y que ha sido reconocido en tratados internacionales, aprobados y ratificados por el Estado colombiano, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales²⁹ y el Convenio 169 de la OIT³⁰, al igual que en nuestra propia Constitución en su artículo 330. El derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas ha sido abordado por la Corte Constitucional en varias ocasiones³¹ y se refiere a la autonomía de las comunidades indígenas de autogobernarse de conformidad con sus propias tradiciones y así asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y orientar su evolución económica y social, manteniendo y fortaleciendo sus identidades, lenguas y religiones. Por ejemplo, en la sentencia T-030 de 2000³² se revisó el caso de dos gemelos U'wa que por razones culturales fueron dejados al cuidado del ICBF de Saravena, recién nacidos. En principio los menores debían permanecer durante un lapso de 7 meses al cuidado de la institución mientras que la

comunidad ejercía una consulta sobre qué se iba a hacer con ellos. En la concepción de la cultura U'wa los niños gemelos no provienen de su dios Sinu y portan enfermedades, por lo que una vez nacidos deben dejarse al cuidado de la naturaleza. La directora de la casa de la Madre y el Niño de la ciudad de Bogotá quien se encontraba en calidad de protectora de los menores mientras se tomaba una decisión por parte de la comunidad U'wa, después de conocer un comunicado de los indígenas en el que se solicitaba que los niños fueran devueltos a Saravena donde el pueblo indígena decidiría qué sucedería con los gemelos, decidió interponer acción de tutela buscando que se tramitara a la declaración de abandono de los menores y se dieran en adopción para proteger sus derechos a la vida, a la salud y a tener una familia. La Corte Constitucional decidió efectivamente amparar a los menores en sus derechos a la vida, a la salud y a tener una familia, pero no ordenando que se dieran en adopción sino ordenando el reintegro a su comunidad. La decisión se tomó respetando el derecho a la autodeterminación de la comunidad U'wa. Para la Corte las medidas que habían sido solicitadas por la comunidad, de mantener a los niños al cuidado del ICBF durante un período de 7 meses hasta que se tomará una decisión sobre qué hacer con éstos, estaban encaminadas a proteger la vida de los niños y a buscar una solución adecuada a sus costumbres³³. Desconocer ese procedimiento y sus decisiones, cuando se encuentran ajustadas a la ley y a la Constitución, hubiera comprendido la vulneración del derecho a la autodeterminación de la comunidad U'wa. La Corte, sobre el derecho de autodeterminación de la comunidad indígena, expresó en esa oportunidad:

No obstante, el debate y la definición del mismo, sobre la manera en que la comunidad replantee y recontextualice el contenido de esa noción cultural y sobre el destino de los menores, si le corresponde desarrollarlo a esa jurisdicción, la cual al decidir deberá tener en cuenta que las medidas que adopte no desconozcan o vulneren el ordenamiento jurídico nacional. Es decir, que es plenamente compatible con el ordenamiento superior y con la ley, la solicitud que elevaron las autoridades tradicionales U'WA ante el Estado, representado en este caso por el I.C.B.F., en el sentido de que mantuviera transitoriamente a los gemelos bajo su cuidado, exactamente por siete meses, tiempo durante el cual ellos realizarían un proceso de reflexión y de consulta interno para tomar una decisión definitiva, decisión que obviamente no podía ser la de proceder conforme lo señalaba la tradición, pero en cambio si podía consistir en encargar el cuidado de los menores a personas o familias que no pertenecieran a la comunidad, manteniendo contacto con ellos, como en efecto ha sucedido, que se autorizara la adopción, o, como se presenta ahora, que exigieran el retorno de los

niños a su seno³⁴.

Alegar que el plazo solicitado para realizar la consulta era excesivo y en consecuencia proceder a la declaratoria de abandono, no sólo implicó desconocer la específica cosmovisión de esa comunidad, su concepción del tiempo y del espacio y la trascendencia que le da a las decisiones producto del consenso interno, en suma desconocer los mandatos de orden constitucional que garantizan el reconocimiento y protección a la diversidad étnica (art. 7 C.P.) y el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas (art. 330 C.P.), sino incumplir con lo dispuesto en la misma ley para que proceda la aplicación de una medida de protección que se caracteriza por su drasticidad e irreversibilidad.³⁵

El desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, que es mucho más extenso que el reseñado anteriormente, ha atribuido a las comunidades indígenas, en tanto sujetos colectivos de derechos, ciertos derechos fundamentales de los que son titulares los individuos. De acuerdo al desarrollo jurisprudencial se tiene que son derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre otros, el derecho a la integridad étnica y cultural³⁶ que comprende el derecho a la supervivencia cultural, el derecho a la preservación de su hábitat natural³⁷, el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad³⁸, el derecho a determinar sus propias instituciones jurídicas³⁹, el derecho a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos⁴⁰, el derecho de la comunidad a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros⁴¹, el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos⁴² y el derecho a acudir a la justicia como comunidad⁴³.

Los mencionados derechos han sido calificados como derechos de naturaleza colectiva que buscan proteger la identidad cultural de las comunidades indígenas configurándolas como sujetos de derechos fundamentales.

4.2. El derecho a la identidad cultural indígena como un derecho fundamental

El carácter de derecho fundamental que se le ha reconocido a la identidad cultural de las comunidades indígenas, está explicado entre otras, en las sentencias T-380 de 1993⁴⁴, SU-039 de 1997⁴⁵ y SU-510 de 1998⁴⁶ y corresponde al desarrollo jurisprudencial reseñado anteriormente.

El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios.

Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.

La Corte Constitucional lo ha planteado de esa manera en varias ocasiones. Por ejemplo en la sentencia C-394 de 1995, como se ha reseñado en el numeral 4.1 de esta providencia, se declaró la constitucionalidad de la norma que establecía que los indígenas tenían derecho a ser ubicados en centros de reclusión especial. El criterio que motivó la decisión pone de presente cómo la protección de los individuos materializa la protección a la integridad cultural de las comunidades indígenas. De tal manera que la protección del derecho a la identidad cultural justifica el establecimiento de excepciones a reglas generales o la previsión de tratos diferentes para los individuos que pertenecen a un pueblo indígena. En el caso de la sentencia SU-510 de 1998, relativo a la evangelización dentro del territorio indígena, se protegió igualmente la identidad cultural de la comunidad pero esta vez desde otra perspectiva, limitado los derechos de unos individuos para preservar la mencionada comunidad. La decisión limitó el derecho a la libertad de religión de unos miembros de la comunidad arhuaca en el ejercicio de la religión evangélica dentro del territorio tradicional en

aras de la protección de la comunidad. De tal forma que la Corte admitió una excepción a la regla general en aras de la preservación de la identidad cultural del pueblo indígena. Sin embargo en este caso la excepción significó una limitación del derecho de los individuos en beneficio del derecho de la comunidad arhuaca.

4.3 Los límites establecidos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al derecho a la identidad cultural

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha desarrollado los principios comprendidos en la Constitución de 1991 de manera que se promueva el pluralismo mediante la protección de la diversidad cultural dentro de la sociedad. No obstante, el derecho a la identidad cultural no es absoluto y ha encontrado límites, también analizados por la Corte. Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: “para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira la Constitución tornándolo inocuo.”⁴⁷ La Corte Constitucional lo sostuvo de la siguiente manera:

“La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional - diversidad, pluralismo- y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural.”⁴⁸

Los límites que la jurisprudencia ha establecido al derecho a la identidad cultural han comprendido el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos y la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta. La Corte lo expresó de la siguiente manera en la sentencia SU-510 de 1998 antes reseñada:

49. Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los

pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.”⁴⁹

En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas.

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

Igualmente la Corte Constitucional en sentencia T-405 de 1993⁵¹ estableció como límite al derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas manifestaciones concretas, no generales y abstractas, de la seguridad nacional. La sentencia revisó el caso de las comunidades indígenas huitoto y muinane que solicitaba se les amparan sus derechos fundamentales a la existencia como pueblos indígenas, el derecho a la integridad cultural, social y económica y el derecho a la autonomía por las labores de instalación de bases militares y de un radar al interior de los predios del Resguardo de Monochoa, propiedad

colectiva de estos grupos étnicos. La Corte en esa oportunidad expresó:

Según lo anterior, si bien se trata de dos intereses colectivos, es evidente que desde el punto de vista del derecho en el que se funda cada interés, las pretensiones del Estado colombiano poseen un mayor peso que las de la Comunidad Indígena del Medio Amazonas, sin desconocer en ningún momento la importancia de sus intereses. Mientras que su interés se funda en el derecho de propiedad y al mantenimiento de su integridad étnica y cultural, el interés de todo el pueblo colombiano y en concreto del Estado está respaldado y fundamentado en el derecho a la soberanía nacional y en la necesaria conservación del orden público y la garantía fundamental de la seguridad de los habitantes del territorio colombiano en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades.

Habiendo establecido que el derecho a la identidad cultural tiene como titulares a las comunidades indígenas en su condición de sujetos colectivos de derechos, que éste derecho tiene diversas manifestaciones acordes con la fundamentalidad del principio de diversidad y el carácter multiétnico y multicultural de la nación colombiana, al igual que las limitaciones que la jurisprudencia ha admitido al derecho, se pasa a analizar cuándo, en aras a la protección a la identidad cultural y de garantizar su proyección en el ámbito nacional, se han efectuado excepciones multiculturales a normas que rigen para la generalidad de los colombianos.

4.4. La excepción por diversidad etnocultural a normas de alcance general

En varias ocasiones se ha aplicado la excepción por diversidad etnocultural a reglas de alcance general que rigen para el resto de la comunidad, si bien la Corte ha denominado dichas excepciones de distinta manera. Por ejemplo, la sentencia C-370 de 200252 revisó la constitucionalidad de los artículos 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal. Las normas demandadas establecen la inimputabilidad por diversidad sociocultural. A la luz de las normas juzgadas por dicha sentencia, la diversidad sociocultural puede ser un factor de inimputabilidad penal por el cual si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural. La Corte declaró la exequibilidad condicionada del artículo 33 del Código Penal (inimputabilidad de los indígenas) de acuerdo a las siguientes consideraciones:

31- El estudio adelantado en esa sentencia lleva a la siguiente conclusión: la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal presenta problemas constitucionales, pues puede afectar la igualdad, el principio de proporcionalidad en materia penal y la diversidad cultural. Sin embargo, no parece razonable declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural, por cuanto dicha decisión podría paradójicamente dejar en una situación peor a los miembros de los grupos culturalmente diversos, ya que permitiría que en ciertos casos fueran sancionados penalmente, mientras que la expresión acusada los protege al declararlos inimputables en esos mismos eventos.

De otro lado, también podría objetarse que una decisión de declarar la inconstitucionalidad de la inimputabilidad por diversidad cultural no toma en consideración la necesidad que tiene la sociedad nacional de establecer una protección adecuada frente a los comportamientos típicos y antijurídicos de las personas o grupos que tienen una cosmovisión diversa a aquella que es dominante a nivel nacional. Según este reparo, esos comportamientos afectan bienes jurídicos que el ordenamiento nacional juzga tan importantes, que por ello ha criminalizado sus vulneraciones. Una decisión de inexecutable de la expresión acusada sería entonces inaceptable pues dejaría desprotegidos esos bienes jurídicos, ya que una declaración de inculpabilidad de esas transgresiones no evita que esos comportamientos ocurran, mientras que precisamente la figura de la imputabilidad busca controlar esas conductas, sin penalizar al infractor, y para ello prevé su retorno obligado a su medio cultural.

33- En tal contexto, la Corte considera que es posible condicionar la exequibilidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición,

entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto.

Las otras dos disposiciones demandadas fueron declaradas inexecutable por que la medida de seguridad de retorno al medio cultural no era aceptable a la luz de la Constitución. Respecto de los dos artículos correspondientes la Corte llegó a las siguientes conclusiones:

37- La doctrina desarrollada en los fundamentos anteriores de esta sentencia muestra que los ataques dirigidos contra las otras disposiciones demandadas están llamados a prosperar. En efecto, la Corte ha concluido que la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural es executable, pero siempre y cuando se entienda que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no tengan un carácter sancionatorio, ni de cura o rehabilitación sino exclusivamente de tutela o protección, pues la diversidad cultural no puede ser criminalizada, ni el Estado puede pretender “curar” de ella a los miembros de los distintos grupos culturales que conviven en el país. Ahora bien, la medida de seguridad de retorno al medio cultural propio establecida en el numeral 4° del artículo 69 y en el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 no cumple con ese estándar constitucional, pues tiene implícita una finalidad de cura o rehabilitación. Así, aunque la disposición emplea exclusivamente un lenguaje de protección, el dispositivo que establece, como bien lo resaltan la Vista Fiscal y varios intervinientes, es irrespetuoso con la diversidad cultural. La persona es obligada a retornar, de manera forzada, a su medio cultural, hasta por un máximo de diez años, y al menos hasta que se hayan alcanzado “las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad”. La Corte se pregunta: ¿y en qué consiste que se alcancen esas necesidades de protección de la comunidad? Y la respuesta que se desprende de esa regulación es la siguiente: es hasta que el indígena, o el miembro de otro grupo culturalmente distinto, en cierta medida haya sido curado o rehabilitado del supuesto mal que lo aqueja, que no es otro que su diversidad cultural. La afectación al pluralismo es entonces evidente, y por ello esas disposiciones serán retiradas del ordenamiento.

En la sentencia C-058 de 199453 se declaró la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 48

de 1993 que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios. En dicha sentencia la Corte admitió que el legislador establece excepciones en aras de la protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas. El criterio de la Corte para concluir que la norma se ajustaba a la Constitución fue el siguiente:

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

Pero, destaca la Corte, para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas. 54 (Subraya fuera del texto original).

La sentencia C-394 de 1995⁵⁵ revisó, entre otras, la constitucionalidad del artículo 27 de la Ley 65 de 1993 que disponía que los indígenas tenían derecho a ser ubicados en centros de reclusión especiales. La Corte encontró que la mencionada distinción no vulneraba el derecho a la igualdad sino que proyectaba el respeto a su identidad cultural. La Corte lo estableció de la siguiente manera:

En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y ley.

Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales.

Los criterios aplicados en estas sentencias, así como en otras reseñadas anteriormente como la referente a las prácticas curativas tradicionales, para efectuar excepciones a reglas generales o admitir la previsión de tratos diferentes para los individuos que pertenecen a un pueblo indígena son desarrollo de los mandatos constitucionales relativos a la preservación de la existencia y de la identidad cultural de tales grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, a la garantía y al respeto de la cultura, las tradiciones y las costumbres de las comunidades indígenas y, en general, a la valoración de la importancia del principio de diversidad cultural. Los anteriores criterios corresponden a los mandatos constitucionales establecidos en los artículos 7 y 70, es decir, al deber que tiene el Estado de reconocer y proteger la diversidad cultural y, adicionalmente, de promover los valores culturales que son fundamento de la nacionalidad.

4.5. Ámbito de aplicación del derecho a la identidad cultural

El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es un derecho que se proyecta más allá del lugar donde esta ubicada la respectiva comunidad. Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación. Un ejemplo de esta proyección es la sentencia C-350 de 1994. Si bien la sentencia no hace referencia a las comunidades indígenas directamente si comprende la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural por fuera del ámbito de los territorios indígenas, limitando las decisiones del Congreso de la República en todo el

territorio nacional. En la sentencia se consideró que la participación del Presidente de la República en la consagración oficial del país al sagrado corazón quebrantaba el principio de diversidad étnica y cultural de la nación, por ser el Jefe de Estado símbolo de la unidad nacional. Detrás de la anterior decisión subyace el principio de multiculturalismo de la nación cuya aplicación rebasa el ámbito de los territorios indígenas y del cual se derivan prohibiciones para las diversas autoridades nacionales.

Existen otros derechos de las comunidades indígenas que sí se encuentran circunscritos al territorio. Por ejemplo, el derecho de las comunidades indígenas a ser consultadas previamente respecto de las decisiones relativas a la exploración y explotación de los recursos naturales en sus territorios. En el caso de las consultas previas, el artículo 330 de la Constitución estableció que “La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

De acuerdo a la anterior disposición el mencionado derecho tiene un ámbito de aplicación que se encuentra directamente ligado al territorio que ocupan las comunidades, es decir las comunidades solo serán consultadas respecto de las medidas que se pudieran tomar para hacer uso de los recursos naturales en sus territorios.

En el caso del establecimiento de la jurisdicción especial indígena el artículo 246 de la Constitución establece:

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

La disposición otorga una autonomía jurisdiccional que busca respetar la diversidad cultural de las comunidades indígenas pero esta competencia se ejerce dentro del territorio de la comunidad, sin perjuicio de la aplicación del estatuto personal. No se puede confundir el ejercicio jurisdiccional dentro del ámbito territorial con la competencia que tiene la jurisdicción indígena para juzgar, ya que la última responde a criterios personales y territoriales, es decir al fuero indígena, pero el ejercicio de esta competencia siempre se

manifiesta en el territorio indígena. La sentencia T-1238 de 200456 revisó el caso de un indígena que solicitaba que se declarara sin validez el proceso penal que se había llevado en su contra por la jurisdicción ordinaria ya que el conocimiento del delito por el cual se le juzgó compete exclusivamente en las autoridades tradicionales del pueblo Cofán. La sentencia se pronunció sobre la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

3.3.2. El ejercicio de la jurisdicción indígena está sujeto a un ámbito territorial. Así se desprende de las previsiones constitucionales sobre la materia. De conformidad con el artículo 246 de la Constitución, las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. A su vez, el artículo 329 regula lo relativo a la conformación de las entidades territoriales indígenas, cuya delimitación "... se hará por el gobierno nacional, con participación de representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial."

De este modo, de acuerdo con la Constitución, la jurisdicción indígena se ejerce dentro de un ámbito territorial determinado. Cabe, sin embargo, preguntar si tal ámbito territorial debe estar formalmente delimitado, en cuyo caso la jurisdicción especial sólo procedería en el ámbito de las entidades territoriales indígenas debidamente constituidas, o, si, por el contrario, es posible acudir a otros criterios para establecer cual es ese ámbito territorial.

Para definir este asunto debe acudirse a criterios que armonicen los elementos que hacen parte del fuero especial indígena. Así, el territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, pero si vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo. De este modo, por ejemplo, no puede pretender una autoridad central ejercer la jurisdicción especial sobre una vasta zona geográfica, en la que actúan diversas autoridades nacionales, con base en la sola consideración personal. El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades. Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria, no por referencia abstracta a un

derecho ancestral o por la mera presencia en el mismo de individuos de determinada etnia, sino por la efectiva presencia de la comunidad, que permita identificar un ámbito territorial como su dominio cultural.

En ese ámbito espacial, la Constitución permite el ejercicio de la jurisdicción indígena, lo que supone que existen unas autoridades, unos procedimientos y unas disposiciones sustantivas tradicionales. Por fuera de ese ámbito espacial, los individuos de las comunidades indígenas están sujetos al derecho nacional tanto en lo sustantivo como en lo procedimental.⁵⁷

Algo distinto sucede con el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política, así como con otras manifestaciones de dicho derecho a las cuales ya se hizo referencia anteriormente. El derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas comprende la protección de los individuos de las comunidades para que éstos puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo a sus usos y costumbres en distintos ámbitos, que rebasan el criterio de la territorialidad. Lo anterior encuentra fundamento en las disposiciones constitucionales que establecen la obligación al Estado de reconocer y proteger la diversidad cultural así como promover los valores culturales que son fundamento de la nacionalidad (artículos 7, 70 de la C. P). De ahí que la admisión o establecimiento por parte de la Corte de una excepción por diversidad etnocultural se haya proyectado en todo el territorio nacional. De ahí también que en la sentencia sobre la representatividad del Jefe de Estado y su condición de símbolo de la unidad nacional haya prevalecido la protección del carácter multiétnico y multicultural de la nación.

En materia de representación política existe norma expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas puesto que se ha establecido una protección a las comunidades indígenas que asegura un mínimo de representación a nivel nacional. La Constitución en su artículo 171 creó una circunscripción especial de dos Senadores reservada a la representación de los pueblos indígenas. Igualmente, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial en la Cámara de Representantes para los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, circunscripción que podría elegir hasta cinco representantes. Las anteriores disposiciones constitucionales se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen

y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales. Este estatuto se inscribe en un contexto en el que la propia Constitución establece, en el ámbito del Congreso de la República, una excepción etnocultural a la regla general de circunscripciones para corporaciones públicas.

En la revisión del proyecto de ley que desarrollaba el artículo 176 de la Constitución se señaló que la creación una circunscripción especial para indígenas y minorías, contribuía en forma definitiva a la materialización de diversos valores y principios constitucionales, en especial los de democracia participativa, pluralismo e igualdad dentro del respeto por las diferencias.

La Corte entendió que la medida materializaba el derecho a la participación política y se encontraba apoyada en la Constitución como un desarrollo del preámbulo de ésta y de sus artículos 1 y 2 en lo tocante al pluralismo. La Corte precisó que el objetivo de la medida no solo era constitucional sino que desarrollaba los principios mencionados: “Ya ha dicho la Corte que “el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior.”⁵⁸ En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del “Estado” y la “Sociedad Civil”, y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación,

fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel.”⁵⁹

Sin embargo, la medida no constituye un máximo sino un mínimo para un Estado que se concibe como multicultural, el cual se aseguró para que existiera una expresión real de la composición de la sociedad en los ámbitos representativos de la Nación. La presencia de los actores sociales en los cuerpos de representación política igualmente atiende el artículo 133 de la Constitución que establece que “los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.” La Corte en la referida sentencia lo entendió así cuando expresó que la medida en ningún momento era un obstáculo para que las personas identificadas con los grupos para los que se estableció una circunscripción especial se presentaran a través de la circunscripción departamental, es decir, territorial. La Corte lo planteó de la siguiente manera:

Visto, entonces, que la medida adoptada es, en lo esencial, un reflejo de la Constitución, se debe precisar que la creación de esta circunscripción especial no impide que los individuos que pertenecen a cualquiera de las cuatro categorías contempladas-grupos indígenas, comunidades negras, minorías políticas o colombianos residentes en el exterior-se presenten como candidatos a la Cámara de Representantes a través de la circunscripción territorial general que prevé el mismo artículo 176 Superior, ya que la elección entre una u otra circunscripción forma parte del núcleo esencial su derecho fundamental a elegir y ser elegido para ejercer funciones públicas (art. 40-1, C.P.).⁶⁰

Las anteriores disposiciones además de proteger la diversidad cultural son una promoción de los distintos valores culturales al lograr una proyección nacional de identidades culturales indígenas. La efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales. El congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica.

Habiendo establecido que el derecho a la identidad cultural es un derecho cuyas manifestaciones rebasan el ámbito del territorio indígena en aras de la promoción de los distintos valores culturales que fundamentan la Nación, pasa la Sala a analizar, en lo

pertinente para resolver el caso, el derecho de participación política y el derecho de representación.

El derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político ha sido concebido como un derecho fundamental⁶¹ y es una expresión de la calidad de ciudadano colombiano. El derecho de participación en su manifestación electoral⁶² comporta dos dimensiones. La primera se refiere al derecho a sufragar y la segunda al derecho a representar.

El derecho a la representación política comprende un derecho que es esencialmente colectivo en la medida en que la persona elegida está representando una colectividad, es decir diferentes concepciones del mundo e identidades que han coincidido en el proceso de escoger a una persona como la más apta para que tome decisiones en su nombre. El ejercicio del derecho está ligado a ciertos requisitos para acceder a la postulación para cada cargo. Uno de estos requisitos es el pertenecer a un movimiento o partido político con personería jurídica o haber sido postulado por un movimiento social o un grupo representativo de ciudadanos. Así el artículo 108 de la Constitución, reformado, establece:

ARTICULO 108. El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al dos por ciento (2%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno.

Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir

candidatos.

La ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos.

Los estatutos de los partidos y movimientos políticos regularán lo atinente a su régimen disciplinario interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo partido o movimiento político o ciudadano actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los estatutos internos de los partidos y movimientos políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del congresista, diputado, concejal o edil por el resto del período para el cual fue elegido (...).

El hacer parte de un movimiento o partido político significa que se comparte una cierta visión política, como lo contempla el anterior artículo. Pero esa definición política no significa que lo único que una persona represente sea ese partido o movimiento político. Así existen muchas calidades personales, como por ejemplo el género, que responden a identidades sociales o culturales que tienen un efecto de representación adicional.

El hecho de que una persona no pertenezca a una determinada lista indígena no significa que pierda la representación de su pueblo ya que la identidad cultural no depende de la pertenencia a una persona jurídica o a un partido político pues la identidad cultural es un fenómeno real y material que es lo que cuenta desde el punto de vista constitucional. Como se expuso en el apartado 4.1 de esta providencia la identidad cultural es la conciencia que se tiene de compartir ciertas creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un determinado grupo humano al cual se pertenece y que tiene una cosmovisión distinta y específica.

Lo anterior se puede vislumbrar en la Asamblea Constituyente de 1991 en la que no existió una circunscripción especial indígena. La circunscripción establecida para la Asamblea

Constituyente fue nacional y los miembros de la Asamblea representaban a la Nación entera; sin embargo no existió cuestionamiento alguno sobre la representación de comunidades indígenas en cabeza de constituyentes miembros de comunidades indígenas⁶³.

Por el contrario, dentro de los requisitos establecidos para ser miembro de la Asamblea se hizo una excepción, en aras de la diversidad cultural y anticipando la protección del derecho a la identidad cultural, a las calidades requeridas para los miembros indígenas estableciendo que “c. En el caso de los miembros de la Asamblea que correspondan a sectores estudiantiles o indígenas, se podrá hacer excepción a las calidades contempladas en el literal b, en relación con el desempeño de cargos o el ejercicio profesional, previa demostración de la calidad de estudiante de pregrado durante un año, a lo menos, mediante certificación escrita de un establecimiento educativo refrendada por el Ministerio de Educación Nacional, o de su condición de dirigente de una organización indígena durante un año, a lo menos, según certificación expedida por el Ministerio de Gobierno.”⁶⁴ En esa ocasión se reconoció la representación característica ejercida por constituyentes indígenas sin que éstos fueran elegidos en circunscripción especial.

Por lo tanto, si dicha representación fue reconocida – y continúa siéndolo ahora en ambas cámaras del congreso – en un nivel nacional en el origen de la Carta de 1991 no se podría desconocer ahora en un ámbito distrital. Adicionalmente, se debe destacar que lo que sucedió en ese caso fue una excepción etnocultural a las calidades requeridas para ser miembro de la Asamblea Nacional Constituyente. Los criterios que se utilizaron entonces se refirieron solamente a que el representante indígena, sin adscripción predeterminada a lista alguna, hubiera sido dirigente de una organización indígena durante un año. La anterior excepción admitió que podía existir una diferencia entre un candidato que no fuera indígena y uno que sí lo fuera y en consecuencia se dispusieron calidades para uno y otro, sin que ello dependiera de la existencia de una circunscripción electoral especial o de la conformación de una lista compuesta exclusivamente por indígenas.

El ejercicio de la representación política puede ser también una manifestación de identidades culturales, que rebasan la circunscripción de un territorio, ya que el elegido está proyectando la visión de una colectividad que se siente identificada tanto con las calidades personales del candidato como con sus planteamientos políticos.

En este contexto, la representación de las comunidades indígenas no desaparece como consecuencia de la pertenencia a un partido o movimiento político ya que el criterio para establecer la proyección del derecho a la identidad cultural en este ámbito depende de si se es o no parte de una comunidad indígena, es decir, de las calidades de la persona y de su vínculo con una comunidad indígena determinada.

4.7. Criterios aplicables al caso concreto

Del análisis precedente se llega a las siguientes conclusiones que constituyen los criterios que se aplicarán al caso concreto para la resolución del problema jurídico planteado 1) El Estado tiene la obligación de promover la difusión de los valores culturales de la Nación; 2) En aplicación del anterior mandato constitucional es posible efectuar excepciones etnoculturales a reglas generales siempre que dicha excepción no contravenga ninguno de los límites establecidos al derecho a la identidad cultural; 3) Los límites establecidos por la jurisprudencia al derecho a la identidad cultural comprenden la protección de ciertos derechos individuales o valores que después de una ponderación demuestren tener un mayor peso en el caso concreto; 4) El derecho a la identidad cultural es un derecho radicado en cabeza de las comunidades indígenas como sujetos colectivos y su protección se puede dar ya sea por vía directa, protegiendo a la comunidad, o por vía indirecta, protegiendo a un individuo de la misma en aras de la protección a la comunidad; 5) El derecho a la identidad cultural es un derecho que en el ejercicio de la representación política rebasa el ámbito del territorio indígena; y 6) La pertenencia a un movimiento o partido político no anula la posibilidad de representación coetánea de una visión indígena cuando las calidades y el vínculo del elegido muestren que su identidad es indígena.

Estos criterios se aplicarán teniendo en cuenta las especificidades que caracterizan el presente caso y que fueron descritas en el apartado 2 de esta providencia. Por ello, dado que tales especificidades comprenden la condición personal y diversa de la tutelante, esta Sala pasa a verificar la pertenencia de la tutelante a la comunidad indígena arhuaca de acuerdo al material probatorio aportado durante el proceso, para después aplicar los criterios aquí establecidos al caso concreto.

1. Ati Quigua pertenece al pueblo arhuaco

Dentro de las pruebas decretadas por la Corte Constitucional se solicitó a dos expertos que rindiesen concepto⁶⁵ respondiendo cuáles eran los criterios para saber si una persona hace parte del pueblo arhuaco. A lo anterior uno de ellos respondió⁶⁶:

Independientemente de la vestimenta, independiente del hilo amarrado a las manos, se es indígena desde el momento que nace una persona y se lo bautiza; es como llevarlo y presentarlo ante nuestra ley espiritual, en ese momento ya se es indígena, y le dan un nombre. Va creciendo. Cuando tiene la primera menstruación a la mujer se le hace trabajo espiritual. Se van reconociendo todas las etapas hasta llegar a adulto: cuando se casa le dan /achocue/ que es como la silla donde van a vivir y entonces ya es reconocida dentro de nuestro territorio. Otro elemento es que se pertenece a un linaje, a pesar de que nos llaman arhuacos, los arhuacos tenemos un linaje y una misión.

Hay un linaje, como guardián del fuego y se lleva esa tradición independientemente de mi papa y mi mamá.

Se recibe siempre que cumpla la tradición y que este allí y que este pendiente; lo importante es que la cultura continúe. ⁶⁷

La experta concluyó que “Es evidente que para ser pensado como arhuaco hay dos condiciones esenciales: a) ser inducido y participar del modo de vida propio cuyo aspecto central es ritual y, b) sentirse miembro activo y participar, es “estar pendiente”. Son sinónimos del verbo estar: vivir, existir, ser, quedar, residir, habitar, constar. La frase “estar pendiente”, en este contexto es, estarlo de su gente, de hacer los pagamentos, de respetar las costumbres de bautizo, matrimonio, acompañamiento a otros.⁶⁸”

El segundo experto consultado por la Corte Constitucional respondió que “En pocas palabras, ser arhuaco significa apropiarse de un territorio y reproducirse social e individualmente en él, bajo la tutela de unas autoridades y especialistas religiosos reconocidos como tradicionales y de acuerdo con los principios morales y éticos de la Ley de la Madre o Ley de Origen encarnados sobre todo por los mamos. Si se prefiere, y en términos quizá más sofisticados desde cierta teoría, ser arhuaco significa una forma de ser-en-el-mundo y de estar-en-el-mundo en conformidad con las creencias y las representaciones culturales normalizadas desde una normatividad definida con base en una especificidad cultural distintiva, y que es afirmada por sus miembros desde nociones de descendencia de los pueblos prehispánicos

originarios de la Sierra Nevada, los “taironas” de la arqueología. (...)69”

Ati Quigua nació en Bogotá y a los tres meses de su nacimiento fue llevada a Jeurwa a ser bautizada de la manera tradicional por el Mamu Julio Torres. Ati Quigua desde ese momento vivió en la localidad de Jeurwa durante diecisiete años, tiempo en el que estuvo al cuidado de su abuela María Auxiliadora Torres. En el año de 1998 Ati volvió a la ciudad de Bogotá a realizar estudios en Administración Pública en la Universidad E.S.A.P. y al salir del Resguardo suscribió acta de compormiso con el Cabildo Gobernador Arhuaco en la que se comprometía a cursar los correspondientes estudios, realizar trabajos con la comunidad relacionados con su carrera en los períodos de vacaciones⁷⁰ y una vez terminados sus estudios profesionales a prestalos dentro del Resguardo Arhuaco⁷¹. Ati Quigua pertenece a la casta Busintana, a los 14 años le llegó la menstruación y se llevó a cabo la ceremonia correpondiente por el mamu Modesto Izquierdo⁷².

En las preguntas formuladas a los expertos para establecer cuándo se considera adulta a una persona en el pueblo arhuaco y cuándo se entiende que si es mujer puede ejercer derechos políticos, se conceptuó lo siguiente por parte de tres hombres arhuacos que fueron entrevistados por una de las expertas consultadas:

¿En qué momento pasa de ser un niño pequeño o una niña pequeña, a ser un(a) joven? ¿En que momento pasa a ser un adulto?

El mandato que tenemos no es inventado por los indígenas de hoy. Existe desde que nosotros aparecimos y es el orden natural. Decimos que la madre tierra menstruaba cuando empezó a formarse la tierra blanca, la tierra amarilla, la tierra roja, la tierra negra, las cuatro estaciones, los cuatro colores del maíz, los cuatro colores de la raza humana, las cuatro direcciones y los cuatro pasos que sufre la mujer para menstruar.

La mujer tiene el primer flujo blanco antes de tener hijos, después de tener hijos y ya cuando es apta para tener la fortaleza o la fertilidad para tener el poder de la palabra, para poder hablar con la sociedad.

Así como la madre es apta para fecundar la tierra, también el hombre tiene el tiempo de

verano, el tiempo de invierno, el tiempo de las cosechas⁷³. Ambos son complemento.

Así también se bautizan ellos: allí nació un niño o una niña; la niña por ejemplo, toca saber de donde nos la mandaron, toca saber cuál es la misión de ella. A pesar que pertenece a un linaje, tiene su propia misión; entonces de acuerdo con esa misión los mamus consultan al padre espiritual de donde nos mandaron⁷⁴; si es guarda del agua, guarda de la lluvia o guarda de la palabra, de acuerdo a eso le dan nombre y entonces los bautizan.

Pero, el mamu no es que simplemente se bautice, hay que hacer reconocer y sabrá cual es su misión en un tiempo (No puede ser solamente un ritual privado. Debe trascender mediante el hacer reconocer).⁷⁵

Cuando les llega la menstruación, se considera que las niñas que ya son adultas, ya están aptas para concebir, ya están aptas para el poder de la palabra, para responder sus propias conductas?

La mujer arhuaca es adulta cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, que le permiten ser “reconocida” adquiere el poder de la palabra y empieza responsablemente a “pagar”, es decir a hacer pagamentos rituales de modo individual, como corresponde a una persona que ya ha conocido los principios y los procedimientos para actuar con toda responsabilidad⁷⁶.

Cuando adquiere una mujer arhuaca la posibilidad de ejercer derechos políticos? ¿Qué se entiende por política?

Primero vamos a definir la política. En el mundo blanco no se como sea la política; en el mundo de nosotros todo es integral, pero la política, entendemos como el trámite de nuestros deseos, trámite donde nosotros creemos que si nosotros no podemos hablar bien, el otro lo hace mucho mejor para poder convencer mucho mejor que es lo que necesitamos, que es lo que sentimos, eso es lo que nos lleva; eso es lo que nosotros entendemos.

¿Ustedes creen que en el pueblo arhuaco puede hablarse de derechos o de ejercicio de una actividad política en defensa de los intereses del pueblo mismo? ¿Existe una edad distinta para el hombre o para la mujer, para poder participar en las decisiones, en las asambleas, en las reuniones; cómo lo ven ustedes?

El caso de la participación tanto indígena hombre como mujer, para nosotros no existe una edad límite, porque esos límites son como discriminar esas edades. Que si les ponemos límites son como discriminación y también son ellos que dicen, un término. Es como cuando una mata esta creciendo y esta creciendo bien y uno la mocha, le quita el cogollo, entonces ya no crece. Nadie debe privar. Lo que haces es, si a esa persona le vemos capacidad, la actitud de representarnos, más bien nos toca ayudarlo, para que eso siga y fluya como debe ser. Y no ir obstruyendo el paso.

¿Hay mujeres mamu entre los arhuacos?

Las mujeres son las que más fuerza tienen. Las mujeres son la madre tierra y los hombres son árboles. La mujer puede ser mamu, porque cuando la mujer del mamu esta con él, aprende a ser mamu, ella hace el trabajo, ellas son las que canalizan la energía para que el mamu, pueda hacer el trabajo espiritual. Los hombres son los que dan la lucha, pero detrás están las mujeres que están sosteniendo. Son reconocidas en nuestra comunidad.

¿Por qué para la vida nacional la mujer no es reconocida como la autoridad, tal como es el mamu?

El hombre trabaja la parte externa frente a la parte no indígena, son los que dan la cara. La mujer tiene un trabajo más interno, tiene la responsabilidad de cuidar la cultura. La mujer conoce todo el linaje.⁷⁷

La experta dio como respuesta concluyente que “La mujer puede ejercer derechos políticos cuando habiendo pasado por los rituales de bautizo y menstruación, da señales de querer actuar públicamente. Pasar por los rituales significa que ha pasado por un proceso de inmersión en la cultura.

No existe una edad entre los arhuacos para poder actuar políticamente. Meterse a trabajar en política tiene que ver con lo que la persona es capaz de ir logrando.

El ejemplo del arbusto es interesante, porque a pesar de realizar una sola siembra, algunas plantas avanzan más y se distinguen de otras. Esta situación hace parte de la planta misma y ellos consideran que alguien de fuera, no puede cortar el cogollo, para homogenizar el crecimiento.

Cada persona que nace con una responsabilidad frente a la naturaleza, ya tiene que empezar a rendir cuentas. Por eso los ciclos que tienen que sufrir⁷⁸.

Igualmente, el segundo experto consultado respondió lo siguiente sobre cuándo se considera a una mujer arhuaca adulta y cuándo puede ésta ejercer derechos políticos en su comunidad:

El factor fundamental para determinar si una mujer arhuaca inicia la senda a la edad adulta es su menarquía.

(...)

Ahora bien no solo el matrimonio y la maternidad, posterior a la menarquía, configuran el camino para considerar a la mujer como adulta. Porque la joven mujer también tiene abierta la posibilidad de la educación formal, que es el camino del liderazgo en el sentido de este término expresado más arriba, para convertirse en una mujer adulta en pleno derecho. En efecto, en la medida en que esta joven mujer educada asuman sus responsabilidades como "líder de la comunidad", esto es, que dé muestras palpables de que asumió su condición de representante del pueblo arhuaco, esta mujer será considerada por todos como una mujer adulta.

(...)

En palabras más técnicas, la adultez no sólo es una condición de madurez expresada en el cumplimiento de las obligaciones rituales, así como en el pensar y actuar correctamente como adulta.

De la respuesta a los anteriores interrogantes se puede colegir los elementos para resolver esta pregunta. A manera de síntesis final, para poder ejercer derechos políticos una mujer arhuaca deberá asumir de forma progresiva su condición de mujer adulta, después de que ocurrida su menarquía comience a prepararse para el matrimonio o el liderazgo comunitario, sin que exista una edad específica y exacta para que se alcance tal condición -como sucede en nuestra sociedad. Ahora bien: en el momento en que ella esté casada y tenga un hijo o una hija, sea una "líder comunitaria" y que en las reuniones y asambleas comunitarias su palabra sea escuchada y atendida, esa mujer ya será plenamente una mujer adulta en total

ejercicio de sus derechos políticos. 79

La Corte Constitucional también le solicitó a la tutelante que manifestara qué aspectos de su vida y experiencia corroborarían su pertenencia a la comunidad indígena arhuaca. Dentro de los documentos allegados al proceso se encontraron varios conceptos de mamus de la comunidad arhuaca que explicaron sobre la ceremonia que implica el paso a la adultez, y sobre la tutelante lo siguiente:

En la concepción arhuaca “para que nuestra madre tierra se desarrollara tuvo que pasar por las mismas etapas de la vida de una mujer; nació y se bautizó, se desarrolló para luego realizar su matrimonio y generar vida, en su último ciclo hay muerte y ésta hace parte de su ser integral. El mamu orienta en el cumplimiento del jwa unkusi (bautizo); munseymuke owmey (baño de iniciación) para la mujer; y para el hombre joburu ipari (entrega del poporo); jwa ungawi (matrimonio); eysa owmey (baño de mortuoria), cada uno representa una etapa y un rito fundamental de la vida. Uno de los ritos tradicionales para la mujer es el munséymuke owmey y el hecho de no hacerlo trae como consecuencia la contaminación del espíritu de las aguas y por ende la proliferación de toda clase de enfermedades humanas y de los demás seres.

Al realizar este rito la niña entra a la comunidad adulta y queda facultada para asumir su responsabilidad de esposa.

El munséymuke owmey traducido al castellano se entiende como baño de purificación del desarrollo de la mujer. De allí se obtiene el “dinero espiritual” para ofrendarlo a los dueños de este elemento espiritual y nos retribuya bienestar, haya paz para emprender misiones comunitarias y un pleno desarrollo de los hijos: de allí pasa a la etapa del gunseymuke, cuando ya inicia la reproducción es decir el primer hijo y los siguientes. Así mismo la madre debe iniciar con él o ella el cumplimineto de su deber tal como manda la ley de gúmuke; de esta manera, cumplirá la casa sagrada, la cual deberá visitar y pagar en determinadas épocas del año.

El baño del munséymuke de Ati Seygundiwa Quigua Izquierdo se realizó en el templo del mamu Kaku Moya Makú Izquierdo en el año de 1993, es conocido también como Mamu Modesto.⁸⁰

Sobre el linaje de Ati Quigua se estableció que:

Ati Seygundiba Quigua Izquierdo viene de la casta de su bisabuela y de su madre que es Gúmuke. Desde lo lingüístico, Ati tiene una equivalencia a virgen, madre, esposa de mamu; Sey: raíz de noche; Gundiwa: todo lo relacionado al color y líquido rojo. En la interpretación de la ley tradicional Ati Seygundiwa es principio de las cosas y de la vida, representada en jiwu (laguna) en donde se paga el paso de niña a mujer y así mismo para todos los seres que nacen y se desarrollan (munséymuke).

Ati Seygundiba por el hecho de haber nacido en kakarayidunna es embajadora y tiene la facultad de sentarse allá y velar por la vida y los elementos que sostienen en especial el agua; también está facultada para trabajar desde la visión del hermano menor como medio de amparar las leyes naturales del pueblo iku, pues el padre seránkwa dejó en kakarayidunna las leyes menores pero con la misión de proteger e impedir que entre en nuestra casa la injusticia.⁸¹

En el material probatorio reunido para el fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 2 de septiembre de 2004 se encuentra el Experticio Antropológico rendido el 19 de mayo de 2004 por el Director Encargado del Instituto de Antropología e Historia del cual el Tribunal destacó lo siguiente:

El territorio tradicional de los arhuacos está situado en la Sierra Nevada de Santa Marta, y en él está constituido el resguardo.

El proceso de formación de una indígena arhuaca como mujer adulta, que dura aproximadamente un año, inicia desde el momento en que tiene un primer período menstrual.

Al finalizar el ciclo formativo, y previas consultas, se determina su incorporación a la vida adulta de la comunidad, que se concreta con la formalización de su matrimonio y la conformación de una familia.

A partir del momento en que la mujer arhuaca se considera mayor de edad adquiere responsabilidades sociales y políticas como esposa y madre, participando en las reuniones o

asambleas convocadas por las autoridades. Esa mayoría de edad se alcanza a los 15 años.

Las diferencias de edad entre una mujer arhuaca y una de la cultura mayoritaria están en un rango de unos tres o cuatro años de diferencia entre una y otra.

El equivalente biológico y cultural de la edad de 23 años en una mujer arhuaca, probablemente corresponda a unos 26 o 27 años en una de las sociedad mayoritaria, puesto que a los 23 años una arhuaca tiene matrimonio, varios hijos y responsabilidades sociales, según el camino que haya tomado.

Los Mamus, previas consultas, son los que determinan si una mujer indígena arhuaca está apta para asumir las responsabilidades de un adulto. (Folios 29-30, C.1)

De las pruebas aportadas se desprende que Ati Seygundiba Quigua es una mujer perteneciente del pueblo arhuaco y que además ha sido considerada como líder indígena del pueblo. Ati Seygundiba Quigua ha cumplido con todas las costumbres de su pueblo al haber sido bautizada con los ritos tradicionales de su comunidad. Después continuó con los rituales correspondientes a la llegada de la menstruación por lo que se considera que ésta tiene las facultades para el uso de la palabra que la configuran, de acuerdo con la cosmovisión arhuaca, como una mujer adulta y en plenas capacidades de ejercer derechos políticos.

Igualmente de lo aportado al expediente se comprobó que Ati Seygundiba ha sido considerada como una líder indígena que forma parte del movimiento político Alianza Social Indígena⁸², movimiento que creó una alianza con el movimiento Polo Democrático Independiente, que decidió incluir a Ati dentro de su lista como candidata al Concejo de Bogotá.

Habiendo verificado que la tutelante es en efecto parte del pueblo arhuaco y que además ha sido considerada por la comunidad como representante de su pueblo y líder de la comunidad, adulta y en pleno ejercicio de sus derechos políticos, se pasará ahora a analizar la vigencia del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 y las implicaciones de lo anterior para el caso.

6. La vigencia del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 y sus implicaciones en el caso concreto

El Decreto 1421 de 1993 fue expedido de acuerdo a lo establecido por el artículo 41

transitorio de la Constitución:

ARTICULO TRANSITORIO 41. Si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de esta Constitución, el Congreso no dicta la ley a que se refieren los artículos 322, 323 y 324, sobre régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez expedirá las normas correspondientes.

El artículo 322, hoy modificado por el Acto Legislativo 01 de 2000, dispone:

ARTICULO 322. Bogotá, Capital de la República y del departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

Su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios.

Con base en las normas generales que establezca la ley, el concejo a iniciativa del alcalde, dividirá el territorio distrital en localidades, de acuerdo con las características sociales de sus habitantes, y hará el correspondiente reparto de competencias y funciones administrativas.

A las autoridades distritales corresponderá garantizar el desarrollo armónico e integrado de la ciudad y la eficiente prestación de los servicios a cargo del Distrito; a las locales, la gestión de los asuntos propios de su territorio.⁸³

El régimen especial para el Distrito de Bogotá fue expedido por el Gobierno mediante decreto, no mediante una ley estatutaria. No puede esta Sala juzgar en abstracto la constitucionalidad de dicho Decreto, por lo que se pasa a verificar su vigencia y su validez de acuerdo a lo establecido por el Consejo de Estado, pero sí se debe destacar que ni el artículo 41 transitorio de la Constitución ni los artículos 322, 323 y 324 determinan el requisito de edad para acceder al cargo de concejal de Bogotá. Tampoco se refieren a asuntos electorales, sino al régimen especial de Bogotá.

En providencia del Consejo de Estado de 4 de diciembre de 2001 se resolvió la acción de

nulidad por inconstitucionalidad del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, que fija las calidades especiales para ser concejal de la ciudad de Bogotá estableciendo una edad mínima de 25 años para acceder al cargo. En la demanda se consideró que dicho requisito vulneraba los artículos 13, 16, 26, 40, 45, 98, 99, 133 y el inciso 1 del artículo 323 de la Constitución, lo cual fue desestimado en la sentencia⁸⁴.

La mencionada providencia encontró que estaba contemplada en la Constitución la expedición de un régimen especial para el Distrito de Bogotá (Art. 322 C.P.) y que adicionalmente el gobierno tenía la facultad de expedirlo, por disposición constitucional transitoria (Art. 41 transitorio C.P.). Así, la Carta permitió que se señalara para Bogotá un régimen distinto al de los demás municipios para su organización, gobierno y administración⁸⁵. En la sentencia se estableció que ese trato diferencial no iba en contravía de las disposiciones constitucionales que en la demanda se consideraban vulneradas por lo que se denegaron la pretensiones de la demanda⁸⁶ en el entendido de que el derecho a elegir y a ser elegido supone primordialmente que se cumpla con los requisitos y calidades establecidos en la ley. Adicionalmente la sentencia reiteró que la norma en cuestión tenía un carácter especial por lo que siempre debía aplicarse de manera prevalente respecto de las disposiciones sobre los municipios.

Habiendo establecido que el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 se encuentra vigente se debe definir si en efecto, en el caso concreto, cabe una excepción etnocultural a la aplicación de la norma. De ser necesaria dicha excepción, se configuraría una vía de hecho en la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

7. El caso concreto: la inaplicación del requisito de edad contemplado por el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 en obediencia al mandato constitucional de promoción de los distintos valores culturales de la Nación. Excepción etnocultural.

El derecho a la identidad cultural como derecho que se desprende de la protección constitucional a la diversidad cultural, de acuerdo a lo establecido en los numerales 4 y 5 de esta providencia, se materializa, entre otros, en la garantía de que las comunidades indígenas podrán ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo a su propia manera de ver, entender y explicar el mundo.

Como ya se dijo, las comunidades indígenas se han configurado como sujetos colectivos de

derechos fundamentales, siendo uno de éstos el derecho a la identidad cultural. La protección a la identidad cultural se puede dar mediante dos vías. La primera es la protección directa que ampara a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda es la protección indirecta que ampara al individuo para proteger el derecho de la comunidad a preservar su identidad cultural a través de quienes pertenecen a ella.

De acuerdo a las tradiciones y costumbres del pueblo arhuaco se considera que una mujer adquiere el poder de la palabra y responsabilidades sociales y políticas⁸⁷ una vez ha pasado por los ritos correspondientes al bautizo y a la menstruación. Es desde ese momento en el que una mujer, de acuerdo a su misión con la naturaleza, que ha sido conocida desde su nacimiento por los mamus, comienza a desarrollarse con plenas capacidades. Para el pueblo arhuaco la edad no es un criterio para establecer si una persona se encuentra o no en capacidad de ejercer derechos políticos. Del concepto rendido por uno de los expertos a los que la Corte Constitucional consultó ciertos aspectos sobre la comunidad indígena arhuaca, en la entrevista que realizó con personas de la comunidad, se respondió “¿Por qué los blancos siempre preguntan nuestra edad? Nos preguntan cuando nos vamos a morir. O, acaso a un árbol o a una mata de maíz le preguntarían ¿Cuándo va a morir, o cuantos años tiene? Los mamus no saben y no les interesa.”⁸⁸ Igualmente el otro experto consultado por la Corte Constitucional expresó sobre el tema que “De las consideraciones anteriores se desprende un hecho claro: ser un adulto (adulto) no está marcado necesariamente por alcanzar una edad determinada después de experimentar un evento biológico dado.”⁸⁹

Ati Seygundiba Quigua pasó por el rito del bautizo tres meses después de nacida y por el rito de la menarquia en el año 1993 y de acuerdo a las costumbres de su pueblo, ella tiene las capacidades y el poder de la palabra para actuar públicamente, es decir, para ejercer derechos políticos.

En el caso se encuentra que el goce efectivo del ejercicio de los derechos políticos de una mujer que ha sido elegida por una colectividad para que los represente en el concejo de Bogotá se ha visto impedido por la aplicación de un requisito legal de edad que no se encuentra contemplado en la Constitución sino en un Decreto. Si bien el ejercicio del derecho de participación política se encuentra reglado atendiendo a unos parámetros preestablecidos en la ley, en el caso concreto ese requisito legal de edad va en contravía del goce efectivo del derecho a la identidad cultural, proyectado en una mujer indígena del

pueblo arhuaco y por lo tanto en contra de los usos y costumbres de su comunidad ya que de acuerdo a éstos la tutelante se encuentra en plenas capacidades y cuenta con todas las calidades para ejercer derechos políticos. Si como ya se ha verificado en esta providencia el derecho a la identidad cultural en el ejercicio del derecho de representación no se encuentra circunscrito a un territorio determinado sino que se puede ejercer en cualquier ámbito y la representación de una visión indígena no se encuentra anulada por la pertenencia a un movimiento político no indígena, entonces el permitir el ejercicio del derecho de representación, adquirido mediante voto popular, de acuerdo a las costumbres de la comunidad indígena arhuaca es necesario para cumplir el mandato constitucional de promoción de los distintos valores culturales de la Nación y de protección de la diversidad étnica y cultural. De acuerdo a lo anterior se debe verificar si, en concordancia con los criterios sentados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es procedente efectuar una aplicación directa de la Constitución inaplicando el requisito de edad establecido por el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 que dispone las calidades para ser elegido concejal de Bogotá.

La inaplicación del requisito de edad contemplado en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 no incide en ninguno de estos límites. En cambio la aplicación de la norma que establece que la edad para acceder al cargo de concejal de Bogotá es de 25 años sí afecta gravemente el ejercicio de los derechos anteriormente mencionados que distinguen una democracia multicultural, como la colombiana por mandato constitucional expreso, de otra que no reconoce ni protege la diversidad étnica y cultural. Por lo tanto, la aplicación del mencionado requisito de edad configura una exclusión de la participación de una ciudadana en una corporación pública cuando ésta ya ha sido escogida para representar a un grupo de personas, mediante voto popular.

Como el derecho a la identidad cultural en el ejercicio de la representación política no se encuentra circunscrito a un ámbito territorial ni anulado por la pertenencia a un movimiento político que no es exclusivamente indígena, la tutelante puede ejercer dicho derecho de acuerdo a las costumbres de su comunidad. Las costumbres de la comunidad arhuaca, como se ha constatado en esta providencia, permiten que las mujeres ejerzan sus derechos políticos y sus responsabilidades sociales una vez hayan pasado por los ritos que las convierten en mujeres adultas, como efectivamente la tutelante lo ha hecho. De acuerdo a lo anterior, la aplicación directa de los artículos 7 y 70 no está excluida ni por razones de orden

territorial ni por razones de índole política. Adicionalmente la aplicación de la norma que establece la edad de 25 años como requisito para ser concejal de Bogotá vulnera el goce efectivo del derecho a la identidad cultural, por lo que en el caso es necesaria la aplicación de una excepción por diversidad etnocultural al requisito de edad contemplado en el artículo 27 de Decreto 1421 de 1993. De lo contrario, la tutelante no podría conservar su investidura de representación en el concejo de Bogotá siendo excluida de una lista por la cual ya votaron los ciudadanos de la correspondiente circunscripción electoral, a pesar de ser ciudadana, de haber sido elegida en la lista debidamente inscrita y aceptada por la Registraduría Distrital y de ser apta para representar a su comunidad de conformidad con las tradiciones del pueblo arhuaco. Sin embargo, en la sentencia acusada se anuló su elección y se aplicó de preferencia la norma legal en lugar de aplicar de manera prevalente la Constitución.

1. Violación al debido proceso por defecto fáctico y por defecto sustantivo

La jurisprudencia⁹⁰ ha indicado en varias oportunidades los casos excepcionales en que procede la acción de tutela, indicando que se configura una violación al debido proceso cuando se presenta uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes: (1) defecto sustantivo, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable; (2) defecto fáctico, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión; (3) defecto orgánico, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello; y, (4) defecto procedimental que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

Por la naturaleza del caso, es relevante que la Sala se pronuncie brevemente sobre el alcance de la violación al debido proceso por defecto fáctico y la violación al debido proceso por defecto sustantivo.

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, la existencia de un defecto fáctico que convierte una decisión judicial en una vía de hecho, se presenta cuando la Corte constata que “el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado.”⁹¹ En la sentencia T-039 de 2005 se desarrolló el tema

estableciendo lo siguiente:

Si bien el juzgador goza de un amplio margen para valorar el material probatorio en el cual ha de fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, “inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (Arts. 187 CPC y 61 CPL)”⁹², dicho poder jamás puede ejercerse de manera arbitraria. La evaluación del acervo probatorio por el juez implica, necesariamente, “la adopción de criterios objetivos⁹³, no simplemente supuestos por el juez, racionales⁹⁴, es decir, que ponderen la magnitud y el impacto de cada una de las pruebas allegadas, y rigurosos⁹⁵, esto es, que materialicen la función de administración de justicia que se les encomienda a los funcionarios judiciales sobre la base de pruebas debidamente recaudadas.”⁹⁶

La Corte ha identificado dos dimensiones en las que se presentan defectos fácticos: 1) Una dimensión negativa que ocurre cuando el juez niega o valora la prueba de manera arbitraria, irracional y caprichosa⁹⁷ u omite su valoración⁹⁸ y sin razón valedera da por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.⁹⁹ Esta dimensión comprende las omisiones en la valoración de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos analizados por el juez¹⁰⁰. 2) Una dimensión positiva, que se presenta generalmente cuando el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes de lo resuelto en la providencia cuestionada que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas (artículo 29 C.P.) y al hacerlo el juez desconoce la Constitución.¹⁰¹

En concordancia con lo anterior, y tal como lo ha advertido la Corte, sólo es factible fundar una acción de tutela frente a una vía de hecho por defecto fáctico cuando se observa que la valoración probatoria hecha por el juez en la correspondiente providencia es manifiestamente arbitraria. El error en el juicio valorativo de la prueba “debe ser de tal entidad que sea ostensible, flagrante y manifiesto, y el mismo debe tener una incidencia directa en la decisión, pues el juez de tutela no puede convertirse en una instancia revisora de la actividad de evaluación probatoria del juez que ordinariamente conoce de un asunto, según las reglas generales de competencia”¹⁰².

Igualmente la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la violación al debido proceso por defecto sustantivo. La Corte ha delimitado el campo de aplicación de la violación al debido proceso por defecto sustantivo, señalando por ejemplo que se presenta “cuando en una providencia se desconocen las normas que son evidentemente aplicables al caso, cuando se realiza una interpretación de la normatividad que contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica y cuando omite la aplicación de una regla definida por una sentencia con efecto erga omnes. En suma, el defecto sustantivo se configura cuando la interpretación y aplicación de la normatividad al caso concreto resulta contraria a los criterios mínimos de juridicidad y razonabilidad que orientan al sistema jurídico”¹⁰³. En la sentencia SU-159 de 2002¹⁰⁴ se sintetizaron con mayor precisión los rasgos fundamentales de esta figura, así:

“La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que el defecto sustantivo que convierte en vía de hecho una sentencia judicial, opera cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la ley le reconocen al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto¹⁰⁵, bien sea, por ejemplo (i.) porque ha sido derogada y ya no produce ningún efecto en el ordenamiento jurídico, (ii.) porque ella es claramente inconstitucional y el funcionario se abstuvo de aplicar la excepción de inconstitucionalidad¹⁰⁶, (iii.) porque su aplicación al caso concreto es inconstitucional¹⁰⁷, (iv.) porque ha sido declarada inexecutable por la propia Corte Constitucional¹⁰⁸ o, (v.) porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma aplicada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador.”

Más recientemente, en la sentencia T-462 de 2003, la Corte explicó que “una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.¹⁰⁹

Habiendo recordado los criterios expresados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional para establecer la configuración de una violación al debido proceso por defecto fáctico y por defecto sustantivo, se procederá ahora a analizar la providencia demandada en el presente caso.

De la providencia del 2 de septiembre del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que anuló de la elección de Ati Seygindiba Quigua Izquierdo como concejal de Bogotá y de las pruebas aportadas al proceso se desprende que la tutelante, identificada con la cedula de ciudadanía No. 36.517.414 de la Paz (César), fue inscrita en el renglón 7 de candidatos al Concejo de Bogotá por el movimiento político Polo Democrático Independiente. La tutelante hizo parte del movimiento político Alianza Social Indígena que efectuó una alianza con el movimiento Polo Democrático Independiente, que decidió incluir a Ati dentro de su lista como candidata al Concejo de Bogotá. Ese movimiento político, mediante formulario E-8, recibido el 15 de agosto de 2003 en la Registraduría Distrital, conformó la lista definitiva al Concejo de Bogotá para las elecciones del 26 de octubre de 2003, en la que aparece como cabeza de lista Alejandro Martínez Caballero, y en el renglón 7 la señora Ati Seygundiba Quigua Izquierdo, quien con ese nombre aceptó la candidatura. De acuerdo a lo anterior se tiene presente que al momento de la inscripción de la candidata al concejo de Bogotá se tenía pleno conocimiento de su edad y aún así fue aceptada dicha postulación. El 26 de octubre de 2003 se llevaron a cabo las elecciones para concejales de Bogotá, y de acuerdo al Acta Parcial de Escrutinios, del 13 de noviembre de ese año, se declaró elegida como concejal a Ati Quigua, para el período de 2004-2007.

Los demandantes de la acción de nulidad argumentaron principalmente que debía declararse la nulidad de la elección de la tutelante como concejal de Bogotá pues ésta no cumplía con el requisito de edad, establecido mediante Decreto, para la elección. Es decir la calidad contemplada en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 que establece la edad de 25 años para poder ser elegido en el cargo y la tutelante, al momento de la elección, solo contaba con un poco más de 23 años.

En la contestación de la demanda de nulidad la tutelante argumentó, entre otras cosas, que el acto administrativo que la elegía como concejal no había sido debidamente individualizado en la demanda. Igualmente la tutelante sostuvo que el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 se encontraba derogado por el artículo 60 de la ley 617 de 2000 además de ser éste

inconstitucional, atentando contra los artículos 13, 40 y 93 de la Constitución, por “introducir exigencias jurídicas más allá del mínimo razonable y objetivo que admiten tanto la Constitución Política como los instrumentos internacionales adoptados por el país, que se traducen en una restricción del derecho a participar en la vida política, y que excede al desconocimiento de otros derechos fundamentales, como la igualdad, trabajo y escogencia de profesión u oficio.”¹¹⁰ Adicionalmente la tutelante argumentó en la demanda de nulidad de su elección que “(...)en defecto de no acceder a la no aplicación del artículo 27 del Decreto 1421 de 1993, plantea la necesidad de buscar una relación de armonía o punto de equilibrio entre el principio de validez formal de la ley y el derecho fundamental a la participación política, dando por cumplido el requisito de edad previsto en el artículo 27, para que la demandada pudiera ser elegida concejal de Bogotá, con base en el expertise antropológico, cuya aceptación debe ser integral, que en función de la diferencia demanda acoger “el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación, igualmente de contenido normativo (...)”¹¹¹

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que efectivamente la tutelante no contaba con el requisito de edad contemplado en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 para acceder al cargo de concejal y por lo tanto procedió a declarar la nulidad de su elección. Sobre la inconstitucionalidad del artículo 27 del mencionado decreto el Tribunal no se pronunció por acogerse íntegramente a las consideraciones que efectuó el Consejo de Estado en la revisión de la constitucionalidad de dicho decreto. El Tribunal desechó todos los cargos de violación del artículo 27 a los artículos 121 y 122 de la Constitución. En cuanto a la vulneración del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por la Ley 74 de 1968) por remisión del artículo 93 de la Carta, el Tribunal se pronunció de la siguiente manera:

Así las cosas, para definir la constitucionalidad del artículo 27 del decreto 1421/93 respecto del artículo 25 del Pacto, con miras a su inaplicación a este caso concreto, es necesario remitirse a las consideraciones que se hicieron respecto del artículo 121 de la C.P., complementándolas en el sentido de que los artículos constitucionales 322 y 41T, desarrollados por el decreto 1421 de 1993, se enmarcan dentro del ejercicio del derecho a la libre determinación de la condición política de nuestro país; y de que el artículo 27 no consagra ninguna de las distinciones a que alude el artículo 25 del Pacto para el ejercicio del derecho a la participación política, ni lo restringe indebidamente, menos frente a una persona

como la demandada, que no obstante haber nacido en Bogotá, no acreditar su pertenencia o arraigo a la comunidad de los arhuacos; no probar su incorporación según los usos y costumbres del resguardo de los arhuacos a la vida adulta de la comunidad por haber formalizado un matrimonio, tener varios hijos y haber adquirido responsabilidades sociales; llamarse Sandra Milena (nombre de usanza en la sociedad mayoritaria), pretende que su edad se considere equivalente o mayor a los 25 años que legalmente se exigen para ser elegida Concejal de Bogotá, corporación a la cual no accedió en representación de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Como corolario de todo lo que aquí se ha considerado, tiénesse que hay lugar a declarar la nulidad de la elección de Ati Seygundiba Quinoa Izquierdo como Concejal de Bogotá para el período 2004-2007; a no ordenar la cancelación de la respectiva credencial, ya que no hay prueba de que se le haya expedido; y a disponer que la vacante que se origina sea llenada por el candidato no elegido en la misma lista, según el orden sucesivo y descendente de inscripción (art.27 inciso 2 decreto 1421/93).¹¹²

La anterior decisión pone a consideración de esta Sala dos problemas. El primero se refiere a lo que la Corte Constitucional ha denominado vulneración del debido proceso por defecto fáctico y el segundo violación del debido proceso por defecto sustantivo.

De acuerdo a la jurisprudencia reseñada sobre los dos temas se pasará ahora a analizar si efectivamente se configura alguno de los dos defectos mencionados en el caso.

Como ha sido reiterado en esta providencia el defecto fáctico ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión. Las consideraciones del Tribunal ponen de presente la posibilidad de la inaplicación del requisito de edad contemplado en el artículo 27 del Decreto 1421 de 1993 para el caso concreto en la eventualidad de que la demandada en el proceso hubiera probado su pertenencia a la comunidad arhuaca ya que el experticio antropológico allegado durante el proceso establecía que “El equivalente biológico de la edad de 23 años en una mujer arhuaca, probablemente corresponda a unos 26 o 27 años en una de la sociedad mayoritaria (...)”.

El segundo problema que la sentencia pone de manifiesto es el que se refiere a una vulneración al debido proceso por defecto sustantivo.

Las consideraciones de la presente providencia han puesto de presente que en el caso concreto procede una aplicación directa del los artículo 7 y 70 de la Constitución y la excepción etnocultural es necesaria para garantizar el goce efectivo del derecho a la identidad cultural en el contexto del ejercicio de la representación política impidiendo así la exclusión de una ciudadana previamente elegida por voto popular de la participación en una corporación pública en razón a un requisito de edad establecido mediante Decreto.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca debió haber procedido a efectuar una excepción etnocultural a la norma que establece el requisito de edad para ser concejal de Bogotá. La no aplicación por vía directa de las disposiciones constitucionales que sustentan el derecho a la identidad cultural y el principio de diversidad étnica y cultural configuran una violación al debido proceso por defecto sustantivo.

Las anteriores consideraciones ponen de manifiesto que la providencia del 2 de septiembre del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que decretó la nulidad de la elección de Ati Seygundiba Quigua Izquierdo como concejal de Bogotá incurre en una violación al debido proceso por defecto fáctico y por defecto sustantivo.

Por las razones expuestas y habiendo corroborado la vulneración del derecho a la identidad cultural de Ati Seygundiba Quigua se decidirá suspender los efectos de la sentencia en mención. Además se ordenará que Ati Seygundiba Quigua Izquierdo recupere su lugar original en la lista que la eligió como concejal de Bogotá con todos los efectos que pueda tener.

III. DECISION

En conclusión, decide la Corte que es contrario al derecho a la identidad cultural excluir a una indígena, que se postuló con la aceptación de la Registraduría competente, de una lista electoral, por la cual votaron libremente los ciudadanos de la correspondiente circunscripción, con base en que la elegida no reúne el requisito de edad fijado por un Decreto, si dentro de la cosmovisión del pueblo indígena al cual pertenece su edad es suficiente para ejercer plenamente sus derechos, incluidos los de representación política. La sentencia que no aplicó la excepción etnocultural para impedir dicha exclusión incurre en

una vía de hecho por defecto sustantivo. También incurre en una vulneración al debido proceso por defecto fáctico la sentencia que omite establecer si una persona que alega ser indígena realmente lo es cuando dicha condición es determinante para resolver el caso.

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

RESUELVE

Primero.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales de la tutelante y, por lo tanto, ORDENAR la suspensión de los efectos del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 2 de septiembre de 2004 que declara la nulidad de la elección como Concejal de Bogotá de Ati Seyguindiba Quigua Izquierdo y en su lugar que Ati Seygundiba Quigua Izquierdo recupere el lugar que tenía en la lista del movimiento Polo Democrático Independiente para el Concejo de Bogotá que comprende el período del 2004 al 2007 con todos los efectos de acuerdo a las normas electorales aplicables. Como esta sentencia se dicta para evitar un perjuicio irremediable, pero esta en curso la apelación de la sentencia del tribunal, no se exigirá que se presenten las acciones contenciosas pertinentes.

Tercero.- Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Secretaria General

1 En este sentido se pueden consultar, entre muchas otras, las sentencias T-600 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1198 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-1157 de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-321 de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y SU-250 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

2 Sentencia T-384 de 1998 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

3 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-253 de 1994 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) y T-142 de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell).

4 Sentencia T-1316 de 2001 (M.P. Rodrigo Uprimny Yepes).

5 Sentencia T-719 de 2003 MP: Manuel José Cepeda. La sentencia revisó el caso de una mujer cabeza de familia que se encontraba en una situación en la que se veía comprometido su derecho a la seguridad personal. La tutela se concedió como mecanismo transitorio analizando el caso desde el punto de vista constitucional y dejando a un lado las consideraciones que eran competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

6 Sentencia T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz.

7 A su vez este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los artículos 10 (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); 68 (derecho de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural; 171 y 176 (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); 246 (jurisdicción especial indígena); y 286 (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente), entre otros.

8 Sentencia SU-510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

9 Sentencias T-428 de 1992 MP: Ciro Angarita Barón; T-342 de 1994 MP: Antonio Barrera

Carbonell; C-104 de 1995 MP. Hernando Herrera Vergara; T-496 de 1996 MP. Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell.

10 Sentencias T-188 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-342 de 1994 MP: Antonio Barrera Carbonell; SU-039 de 1997 MP. Antonio Barrera Carbonell.

11 Sentencias T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-104 de 1995 MP. Hernando Herrera Vergara.

12 Sentencia T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz.

13 Sentencia T-428 de 1992 MP: Ciro Angarita Barón; T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz.

14 Sentencias T-428 de 1992 MP: Ciro Angarita Barón; T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz.

15 Sentencias T-188 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-007 de 1995 MP: Antonio Barrera Carbonell; C-104 de 1995 MP: Hernando Herrera Vergara; T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell).

16 Sentencia T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

17 Ver entre otras sentencias T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-001 de 1994 MP: José Gregorio Hernández Galindo.

18 Ver entre otras sentencias T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-058 de 1994 MP: Alejandro Martínez Caballero; T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell.

19 Sentencia C-027 de 1993 MP: Simón Rodríguez Rodríguez SV: José Gregorio Hernández.

20 Sentencia C-027 de 1993 MP: Simón Rodríguez Rodríguez SV: José Gregorio Hernández. Lo anterior fue el criterio de la Corte Constitucional para declarar la inexecutable del artículo 6 de la norma que fue reiterado para la declaratoria de inexecutable de los artículos 13 y 16: "Se reitera en tratándose de las zonas marginadas de indígenas a las cuales se dirige

fundamentalmente el artículo XIII, la identidad étnica, cultural, política y religiosa que les confiere la nueva Carta y que mereció especial análisis al examinar esta Corporación el artículo IV. Nótese también que este artículo XIII guarda relación con el artículo VI, al cual también se remite y que fue declarado inexecutable. Habrá pues por las razones antes indicadas de correr igual suerte (...).

En el examen de constitucionalidad que se hizo de los artículo VI y XIII del Concordato, la Corporación los halló contrarios a la Carta. Por el primero se establecía la colaboración entre el Estado y la Iglesia para promover las condiciones humanas y sociales de los indígenas y de la población residente en zonas marginadas susceptibles de un régimen canónico especial. Y por el artículo XIII tal colaboración en dichas regiones se contraía a la educación oficial. Todo ello se cumplía a través de misiones que enviaba la Iglesia Católica a esas regiones hiposuficientes y que se radicaban en ellas para cumplir sus tareas. Entonces la declaratoria de inexecutable de los artículos VI y XIII entraña a su vez la del artículo XVI, por sustracción de materia, puesto que éste precisamente se refiere a las misiones, halladas contrarias a la Carta.”

21 Sentencia C-377 de 1994 MP: Jorge Arango Mejía.

22 En la sentencia C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, se estableció sobre el tema que: “La jurisprudencia constitucional ha interpretado el derecho de participación de las comunidades indígenas en las decisiones que los afectan, y entre ellas en las relacionadas con los recursos naturales existentes en sus territorios, como una consecuencia del derecho a su identidad cultural, el cual, a su vez, ha sido considerado como un derecho fundamental de la comunidad indígena entendida como sujeto de protección constitucional.”

23 En el caso que se decidió mediante la Sentencia SU-039 de 1997, la controversia se originó en el otorgamiento de la licencia ambiental a la sociedad “Occidental de Colombia Inc” para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, sin haberse agotado el procedimiento de consulta a la comunidad indígena U’wa, con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la O.I.T. y a la ley. En esa oportunidad se había ordenado una consulta a la comunidad indígena Tunebo (U’wa) la cual había sido llevada a cabo en la ciudad de Arauca con la participación de representantes del Ministerio de Minas y Energía. No

obstante, la Corte consideró que esa “consulta” no reunía las condiciones exigidas por la Constitución y las normas internacionales, por cuanto la misma tendría que haber sido previa a cualquier decisión y por lo tanto actuaciones posteriores destinadas a suplir la carencia de la misma, carecerían de valor y significación. Adicionalmente, en ella tendrían que haber intervenido autoridades del Estado con suficiente poder de representación y de decisión, circunstancias todas estas que, a juicio de la Corte, no habían estado presentes en la mal llamada “consulta” que se había adelantado en esa oportunidad con la comunidad U’wa. En la sentencia se estableció sobre la inclusión del Convenio 169 de la OIT en el bloque de constitucionalidad lo siguiente:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.”

La inclusión del Convenio 169 en el bloque de constitucionalidad ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias: C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis; C-401 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

24 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz. La sentencia efectuó la revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”. Jurisprudencia reiterada en sentencias C-418 de 2001 MP: Álvaro Tafur Galvis, C-891 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería, C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra y SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis entre otras.

25 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz. Jurisprudencia reiterada en sentencias C-418 de 2001 MP: Álvaro Tafur Galvis, C-891 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería, C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra y SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis entre otras.

26 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz: “Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias.

La Constitución solo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber:

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

La consulta previa fue ampliada a las comunidades negras por la Ley 70 de 1993 para los siguientes casos: a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la “unidad de gestión de proyectos” que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que “como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley.”

27 Existen varios pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el derecho a la propiedad de las comunidades indígenas, entre otros, se pueden consultar las siguientes

sentencias: La sentencia T-405 de 1993 MP: Hernando Herrera Vergara revisó el caso de las comunidades huitoto y muaine en el que se instaló un radar de las fuerzas armadas colombianas en el resguardo indígena de Monochoa. Las comunidades indígenas argumentaban que la instalación del radar y de una base militar en el resguardo violaba su derecho de propiedad, derecho a la existencia como pueblos indígenas y el derecho a ser consultados previamente de las decisiones que los afectan entre otros. La Corte en una ponderación de los derechos en juego consideró que la instalación del radar y de la base militar, que atendía a la conservación de la seguridad nacional y la lucha contra el narcotráfico, era un límite razonable al derecho de propiedad de las comunidades indígenas.

La sentencia T-257 de 1993 MP: Alejandro Martínez Caballero revisó el caso de la Asociación Evangélica “Nuevas Tribus de Colombia” contra el Departamento Administrativo de la Aeronáutica Civil. La Asociación pretendía la renovación del permiso, otorgado en 1988, para operar una pista de aterrizaje en Yapima. El permiso fue negado ya que la porción de tierra ocupada por la pista era parte de un resguardo indígena perteneciente a la comunidad indígena Wuanano por lo que se requería el permiso de ésta para continuar con su funcionamiento. La comunidad no estaba interesada en la presencia de la Asociación Evangélica en su territorio y no otorgó el permiso correspondiente. La Corte consideró que no se veía vulnerados los derechos fundamentales de locomoción, igualdad y libertad religiosa por la negativa a otorgarles el permiso definitivo para la operación de la pista Yutica-Yapima, por cuanto la nueva Constitución consagra el derecho de propiedad privada de los indígenas sobre los resguardos.

La sentencia T-528 de 1998 MP: José Gregorio Hernández revisó la acción de tutela instaurada por el cabildo indígena de Ricaurte contra el Ministerio del Interior ya que en numerosas ocasiones se habían dirigido al Ministerio del Interior buscando la certificación de Ricaurte como un resguardo legalmente constituido. La Corte consideró que en el caso no se estaba vulnerando el derecho a la propiedad de la comunidad indígena ya que el Ministerio del Interior estaba siguiendo todos los requisitos establecidos en la Constitución y la ley para la determinación de Ricaurte como resguardo asimilado a un municipio.

La sentencia T-652 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz revisó la acción de tutela instaurada por la comunidad Embera-Katío al considerar vulnerados sus derechos fundamentales cuando se

otorgó permiso a diferentes empresas, que cambiaron durante el proceso, para realizar obras civiles y la desviación del río Sinu para la construcción de una hidroeléctrica, dentro del resguardo perteneciente a la comunidad indígena Embera- Katío sin haberles consultado previamente sobre dichas medidas. La sentencia conoció varios problemas entre estos la constatación de dos resguardos indígenas, el Iwagadó y el Karagabí, los dos pertenecientes a la misma comunidad indígena, los Embera-Katío por lo que se ordenó que se constituyera uno solo. Respecto de la omisión del procedimiento de la consulta previa, para una de las etapas de la construcción de la hidroeléctrica, la Corte constató la efectiva vulneración de dicho derecho fundamental y dado que ya existían daños irreparables se ordenó la indemnización al pueblo. Adicionalmente se consideró que el impacto de la construcción de la hidroeléctrica en el territorio indígena comportaba daños irreparables en la economía de la comunidad y perjudicaba la integridad cultural y económica del pueblo para lo cual se dispusieron medidas para la creación de un plan destinado a lograr que las prácticas embera tradicionales de recolección y caza, pudieran ser reemplazadas en la cultura de este pueblo indígena, por las prácticas productivas (compatibles con la función ecológica de su propiedad colectiva sobre las tierras del resguardo), que le permitan en el futuro vivir dignamente y desarrollarse de manera autónoma.

La sentencia T-1022 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería revisó la acción de tutela dirigida contra la comunidad indígena de Yanacona, por haber negado a una persona que pertenece a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia que efectuara ritos religiosos dentro del resguardo. El tutelante consideraba vulnerado su derecho a la libertad de cultos. La Corte Constitucional protegió el derecho a la autodeterminación de la comunidad indígena respetando la decisión que ya se había tomado sobre los ritos efectuados dentro del resguardo por parte de la IPUC. La Corte constató que efectivamente se había dado un procedimiento que atendió el asunto y que la decisión de no permitir los ritos dentro del resguardo no estaba vulnerando los derechos fundamentales del tutelante pero en cambio la perpetración de dichos ritos si iba en contra de sus costumbres y tradiciones al contraponerse al estilo de vida y cosmovisión de la comunidad. Igualmente la Corte tuteló el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad al considerar que ésta se encontraba en todo su derecho de no permitir la entrada al resguardo del predicador de la IPUC, que no es miembro de la comunidad.

28 Sentencia C-180 de 2005 MP: Humberto Sierra Porto.

29 El artículo común 1 de los mencionados Pactos Internacionales sostiene que:

Todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación. En virtud de este derecho, son libres de determinar su status político y de aspirar a su desarrollo económico, social y cultural.

30 Ratificado por el estado colombiano mediante Ley 21 de 1991.

La sentencia T-346 de 1996 MP: Carlos Gaviria Días conoció el caso de dos indígenas de la comunidad embera-chamí fueron capturados por autoridades de su comunidad por el delito de homicidio. Durante su captura los indígenas, aduciendo que habían sido torturados, escaparon y se entregaron a las autoridades ordinarias. La Fiscalía inició investigación sobre el asunto pero un tiempo después fue notificada del juzgamiento de los indígenas por su propia comunidad, condenándolos a 8 años de prisión. De acuerdo a lo anterior la Fiscalía profirió cierre de la investigación por existir pronunciamiento. Tiempo después la sentencia de los indígenas fue modificada a 20 años de prisión. La Corte Constitucional consideró que las actuaciones de la comunidad en sus facultades jurisdiccionales debían ser respetadas y que se encontraban conforme a la ley y a la jurisprudencia sin vulnerar los derechos del tutelante. Sin embargo en lo que se refiere a la pena sí se constató una violación al debido proceso pues en anteriores ocasiones la comunidad, por el delito mencionado siempre había impuesto una pena de tres años. De acuerdo a lo anterior y en el contexto de las costumbres de la comunidad la Corte decidió amparar el derecho del tutelante solo respecto de la pena que se le impuso más no del procedimiento. La sentencia igualmente hace alusión a la regla de maximización de la autonomía de los pueblos indígenas.

La sentencia T-1022 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería revisó la acción de tutela dirigida contra la comunidad indígena de Yanacona, por haber negado a una persona que pertenece a la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia que efectuara ritos religiosos dentro del resguardo. El tutelante consideraba vulnerado su derecho a la libertad de cultos. La Corte Constitucional protegió el derecho a la autodeterminación de la comunidad indígena respetando la decisión que ya se había tomado sobre los ritos efectuados dentro del resguardo por parte de la IPUC. La Corte constató que efectivamente se había dado un procedimiento que atendió el asunto y que la decisión de no permitir los ritos dentro del resguardo no estaba vulnerando los derechos fundamentales del tutelante pero en cambio la

perpetración de dichos ritos si iba en contra de sus costumbres y tradiciones al contraponerse al estilo de vida y cosmovisión de la comunidad. Igualmente la Corte tuteló el derecho a la propiedad colectiva de la comunidad al considerar que ésta se encontraba en todo su derecho de no permitir la entrada al resguardo del predicador de la IPUC, que no es miembro de la comunidad.

La sentencia T-379 de 2003 MP: Clara Inés Vargas revisó el caso de la comunidad indígena de Pastas que mediante resolución del cabildo y atendiendo a la decisión de los integrantes de la comunidad decidió cambiar de administradora de régimen subsidiado -ARS-. La alcaldía municipal de Aldana (Nariño) no dio trámite a la decisión por lo cual la comunidad consideró que se le habían vulnerado sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, defensa, vida digna, integridad étnica, libre autodeterminación, salud e igualdad. La Corte decidió que efectivamente el derecho a la autonomía, que se desprende del derecho a la libre autodeterminación en el contexto de la identidad cultural, se había visto vulnerado por la alcaldía de Aldana al no dar aplicación a las resoluciones que disponían el cambio de ARS.

En un caso similar sobre el traslado de una ARS a otra por parte de la comunidad indígena de Camentsá se pronunció la Corte en sentencia T-723 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis, que aunque no concedió la solicitud de amparo por no existir una vulneración a los derechos fundamentales de la comunidad efectuó similares consideraciones sobre el derecho de autonomía y autodeterminación de los pueblos.

32 Sentencia T-030 de 2000 MP: Fabio Morón Díaz.

33 A raíz del caso y después de la consulta efectuada a la comunidad U'wa se ha determinado que las costumbres que consideraban que a los niños nacidos de partos múltiples se les debía dejar al cuidado de la naturaleza han sido reevaluadas pues la comunidad después de un proceso de reflexión decidió acoger a los menores.

34 En la declaración que rindió el Asesor Jurídico de la Comunidad U'WA ante el Despacho del Magistrado Sustanciador, cuyo texto reposa al folio 24 del Cuaderno 4 del expediente, éste se refirió a la manera como la comunidad manejó dos casos precedentes; así, dijo, en una ocasión en la que se presentó alumbramiento de gemelas, hijas de una autoridad tradicional Tegría, una de las cuales murió, por intervención de la autoridad eclesiástica se rescató la sobreviviente y actualmente vive en Cubará; en otra ocasión, al nacer mellizos de una pareja

conformada por blanco e indígena, uno de los cuales también murió, se decidió que el otro permaneciera vivo y actualmente vive en el área del resguardo.

35 Sentencia T-030 de 2000 MP: Fabio Morón Díaz.

36 Ver entre otras sentencias T-428 de 1992 MP: Ciro Angarita Barón.; T-528 de 1992 MP: Fabio Morón Díaz; C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz; C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.; SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis; C-401 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

37 Ver entre otras sentencias T-405 de 1993 MP: Hernando Herrera Vergara; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell; C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-1117 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa; C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra; SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis; C-401 de 2005 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

38 Sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-652 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz; Sentencia C-180 de 2005 MP: Humberto Sierra Porto.

39 Ver por ejemplo la sentencia T-1127 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería. AC: Manuel José Cepeda Espinosa.

40 Ver entre otras sentencias T-254 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-523 de 1997 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-1121 de 2001 MP: Jaime Araujo Rentería; T-782 de 2002 MP: Jaime Córdoba Triviño. T-811 de 2004 MP: Jaime Córdoba Triviño; T-1238 MP: Rodrigo Escobar Gil.

41 Se pueden consultar entre otras las sentencias T-257 de 1993 MP: Alejandro Martínez Caballero; T-324 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

42 Ver entre otras sentencias SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell; C-418 de 2001 MP: Álvaro Tafur Galvis, C-891 de 2002 MP: Jaime Araujo Rentería, C-620 de 2003 MP: Marco Gerardo Monroy Cabra y SU-383 de 2003 MP: Álvaro Tafur Galvis.

43 Sentencias T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; C-058 de 1994 MP: Alejandro

Martínez Caballero; T-349 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; T-496 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz; SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell; SU- 510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-652 de 1998 MP: Carlos Gaviria Díaz.

44 Sentencia T-380 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz. En la sentencia se estableció que la explotación forestal llevada a cabo entre junio de 1988 y noviembre de 1990 en Charjeradó, Murindo (Ant), por parte de Reinerio Palacios y las omisiones de CODECHOCO, relacionadas con la explotación de madera vulneraron los derechos fundamentales de la comunidad Indígena Emberá - Catió.

45 Sentencia SU-039 de 1997 MP: Antonio Barrera Carbonell.

46 Sentencia SU-510 de 1998 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

47 Sentencia C-139 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz.

48 Sentencia T-254 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Posición reiterada en sentencia C-139 de 1996 MP: Carlos Gaviria Díaz.

49 ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

50 Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

51 Sentencia T-405 de 1993 MP: Hernando Herrera Vergara.

52 Sentencia C-370 de 2002 MP: Eduardo Montealegre Lynett.

53 Sentencia C-058 de 1994 MP: Alejandro Martínez Caballero.

54 Sentencia C-058 de 1994 MP: Alejandro Martínez Caballero.

55 Sentencia C.394 de 1995 MP: Vladimiro Naranjo Mesa.

56 Sentencia T-1238 de 2004 MP: Rodrigo Escobar Gil.

57 Sentencia T-1238 de 2004 MP: Rodrigo Escobar Gil.

58 Sentencia C-089 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

59 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz.

60 Sentencia C-169 de 2001 MP: Carlos Gaviria Díaz.

61 Varias sentencias han hecho alusión al derecho de participación política como derecho fundamental entre estas se encuentran Sentencias SU-995 de 1999 M.P Carlos Gaviria Díaz; T-284 de 1998 y T-298 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz; T-527 de 1997 y T-529 de 1997 M.P. Hernando Herrera Vergara; T-651 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-434 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

La sentencia T-637 de 2001 MP: Manuel José Cepeda Espinosa reitera lo señalado en las anteriores sobre el derecho de participación política:

“El derecho a la participación, ha sido reconocido por la Carta Política como un derecho fundamental. Lo anterior significa que toda persona, particularmente todo ciudadano, tiene la facultad constitucional de intervenir en la actividad pública, ya sea como sujeto activo de ella, es decir como parte de la estructura gubernamental y administrativa del Estado, ya sea como sujeto receptor de la misma, interviniendo, mediante el sufragio en la elección de los gobernantes, participando en las consultas populares, teniendo iniciativa legislativa, interponiendo acciones en defensa de la Constitución o la ley, actuando como miembro de partidos o movimientos políticos, o aún elevando peticiones a las autoridades y obteniendo la pronta respuesta de ellas

62 Constitución Política colombiana. Artículo 40: Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. 6. Interponer acciones públicas en defensa

de la Constitución y de la ley.

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública. Reglamentado por la Ley 581 de 2000.

63 En el Decreto 1926 de 1990 “por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público.” Dentro de sus considerandos se encuentran los criterios para ser miembro de la Asamblea Nacional Constituyente. En éstos se definió que “5. Para asegurar la legitimidad democrática y el origen nacional de los miembros de la Asamblea, tal como lo estableció el pueblo el 27 de Mayo de 1990, la representación de las fuerzas políticas, sociales y regionales la determinará el pueblo eligiendo a 70 miembros de la Asamblea por circunscripción nacional. La elección será plurinominal, es decir por listas. En ella se aplicará el sistema de cuociente electoral y de residuo, tomando como base la votación en todo el territorio nacional. Se exceptúan de este procedimiento los miembros a que se refiere el punto séptimo.” (Subraya fuera del texto original)

64 Decreto 1926 de 1990, considerandos.

65 Mediante Auto del 23 de mayo de 2005 se solicitó a dos expertos, Esther Sánchez Botero y Carlos Alberto Uribe respondieran el siguiente cuestionario:

1. Cuales son los criterios para establecer que una persona hace parte de la comunidad arhuaca y por lo tanto se la considere como indígena? Dentro de los criterios ha establecer se solicita precisar si para considerarse como parte de la comunidad indígena arhuaca es necesario que ambos padres sean indígenas arhuacos y si una persona que no ha nacido dentro del territorio arhuaco se puede considerar como parte de la mencionada comunidad indígena.

2. ¿Cuándo se considera a una mujer arhuaca adulta?

3. ¿Cuándo adquiere una mujer arhuaca la posibilidad de ejercer derechos políticos?

4. Teniendo en cuenta que en el expediente obra prueba de que “A partir del momento en que la mujer arhuaca se considera mayor de edad adquiere responsabilidades sociales y políticas como esposa y madre, participando en las reuniones o asambleas convocadas por las autoridades.” Se solicita precisar ¿Qué condiciones se requieren, como edad, matrimonio, hijos o condición biológica y si las mismas son necesarias para el ejercicio de los derechos políticos de una mujer arhuaca?

66 La experta Esther Sánchez Botero para responder a las cuatro preguntas que se le formularon buscó información actualizada con tres indígenas arhuacos: Luis Alberto Villafaña en calidad de apoyo al mamu Kariu Maku Orange; Moisés Villafaña Izquierdo en calidad de traductor. La entrevista fue realizada el 3 de junio de 2005. La autora respeta integralmente el contenido y sentido de lo expuesto en la entrevista, pero realiza algunos ajustes al texto, para posibilitar que otro lector y receptor de las ideas, pueda comprenderlas mejor en lengua castellana.

67 Concepto rendido por la experta Esther Sánchez Botero. Folio 17, C.3.

68 Respuesta concluyente de la experta Esther Sánchez Botero. Folio 20, C.3.

69 Concepto rendido por el experto Carlos Alberto Uribe. Folio 37, C. 3.

70 Certificación de la Confederación Indígena Tairona de trabajos realizados por Ati Quigua en reuniones decisivas para los problemas que se venían presentando en la comunidad durante los meses de junio y julio (no se establece el año) Folio 35, C. pruebas; Informe de trabajo presentado por Ati Quigua al Fondo Álvaro Ulcue en febrero de 2001 sobre el “Plan de Vida Arhuaco”. Certificación de la participación de Ati Quigua en el Tercer Encuentro Intercultural y Mujer Semilla realizados entre el 29 de junio y 6 de julio de 2001. Folio 38, C. pruebas.

71 Acta de compromiso suscrita en Ati Seygundiba Quigua y el Cabildo Gobernador Arhuaco Bienvenido Arroyo Izquierdo el 18 de febrero de 1998. Folio 32, C pruebas.

72 Certificación del Cabildo Arhuaco de la localidad de Jeurwa Faustino Torres Niño. Folio 1, C. Pruebas; Certificación del Cabildo Gobernador Arhuaco Julio Alberto Torres, Folio 2, C. Pruebas. Certificación del Ministerio del Interior y de Justicia, Folio 10, C. Pruebas.

73 Manifiesta una división del trabajo.

74 Si del lugar de donde estaban los que han de conservar el agua, ...la lluvia, la palabra.

75 Concepto de la experta Esther Sánchez Botero. Folio 21, C. 3.

76 Respuesta concluyente de la experta Esther Sánchez Botero. Concepto de la experta Esther Sánchez Botero. Folio 23, C. 3.

77 Concepto de la experta Esther Sánchez Botero el cual fue elaborado de acuerdo a una entrevista que la misma realizó a tres indígenas arhuacos: Luis Alberto Villafaña en calidad de apoyo al mamu Kariu Maku Orange; Moisés Villafaña Izquierdo en calidad de traductor. La entrevista fue realizada el 3 de junio de 2005. Folio 22-24, C. 3.

78 La persona nace con esa posibilidad de distinguirse y nadie la puede o debe detener.

79 Concepto rendido por el experto Carlos Alberto Uribe. Folio 40, C. 3.

80 Carta de las autoridades de Jewrwa y mamus Julio Torres (Cabildo Gobernador según consta en certificación del Ministerio del Interior y de Justicia (Folio 9, C. Pruebas) y Francisco Zalabata. (Folio 6-7 C. Pruebas.) Los términos utilizados en la anterior cita se traducen de la siguiente manera: munséymuke (menstracuión) y mamu (sacerdote).

81 Carta de los Mamus Julio Torres Alfaro, Francisco Zalabata, Miguel Torres. Folios 3-5, C. Pruebas.

82 La Alianza Social Indígena a través de su presidente Marcos Avirama hizo saber a ésta corporación que: Ati Quigua participó en un largo proceso de selección, en el cual participaron varios precandidatos, entre ellos algunos destacados líderes indígenas radicados en Bogotá y otros líderes de la organización no indígenas. Encontramos que Ati Quigua no solo era una autentica representante de las culturas indígenas, sino que encarnaba la representación de las mujeres, de los jóvenes, de los ambientalistas y de muchos sectores que veían en Ati la posibilidad de acceder a través de su inteligencia y vivacidad al Concejo de Bogotá.” Folios 11-12, C. Pruebas.

83 El Acto Legislativo 01 de 2000 modificó el primer inciso del artículo. El texto anterior

disponía:

Santa Fe de Bogotá, capital de la República y del Departamento de Cundinamarca, se organiza como Distrito Capital.

84 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de diciembre de 2001. Radicación A1-2-6454, CP: Olga Inés Navarrete Barrero: “En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, FALLA, DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.”

85 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de diciembre de 2001. Radicación A1-2-6454, CP: Olga Inés Navarrete Barrero. “En virtud de esta habilitación constitucional (la del artículo 41 transitorio C.P.), el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1421 de 1993 “en uso de las atribuciones que le confiere el artículo transitorio 41 de la Constitución Política”, Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá. Por ello, el hecho de que en este Estatuto que consagra el régimen especial para Bogotá se hayan establecido condiciones diferentes de las que rigen para otros municipios, por ejemplo, en cuanto a los requisitos para los Concejales, en nada contraviene las disposiciones constitucionales señaladas por la accionante puesto que es la misma Constitución la que consagra un régimen diferencial para el Distrito Capital.”

86 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de diciembre de 2001. Radicación A1-2-6454, CP: Olga Inés Navarrete Barrero “No se dio la vulneración a las normas constitucionales que se citan en la demanda, puesto que el derecho a elegir y ser elegido supone, primordialmente, que se cumpla con los requisitos y calidades señalados en la ley.”

87 El ejercicio de la política en el pueblo arhuaco está circunscrito a que la persona de señales de querer actuar públicamente y haya pasado por las etapas tradicionales de iniciación.

88 Concepto rendido por la experta Esther Sánchez Botero. Folio 25, C.1.

89 Concepto del experto Carlos Alberto Uribe. Folio 40, C.3.

90 Ver entre otras sentencias C-543 de 1992 MP: José Gregorio Hernández; T-079 de 1993 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-173 de 1993 MP: José Gregorio Hernández; T-231 de 1994 MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; SU-1184 de 2001 MP: Eduardo Montealegre Lynett; T-949 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett; T-200 de 2004 MP: Clara Inés Vargas; T-774 de 2004 MP: Manuel José Cepeda.

91 Sobre la descripción genérica del defecto fáctico como vicio de una sentencia judicial que la convierte en una vía de hecho, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-231 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-567 de 1998 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

92 Sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

93 Sentencia SU-1300 de 2001 MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte encontró perfectamente razonable la valoración de las pruebas que hizo el Juez Regional en la sentencia anticipada. El Juez no omitió ni ignoró prueba alguna, ni dio por probado un hecho sin fundamento objetivo. “El hecho de que el incremento patrimonial no justificado del procesado, se derivó de actividades delictivas se probó a través de la confesión de {varios testigos}, y de un conjunto concurrente de indicios, entre los cuales sobresale el hecho de que las cuentas en las cuales se consignaron la mayoría de los 23 cheques recibidos por el peticionario, fueron abiertas por él usando información falsa y las fotocopias de las cédulas de sus empleados que aparecían en los archivos de las empresas constructoras de la familia”.

94 Sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

95 Sentencia T-538 de 1994 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esa oportunidad se le concedió la tutela al peticionario por la indebida apreciación que hace el juez de la conducta asumida por una de las partes, que se atuvo a la interpretación que de unos términos hizo el secretario del juzgado, que le lleva a negarle la interposición de un recurso del que depende la suerte del proceso penal.

96 Sentencia SU-157-2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

97 Sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell. Se dijo en esa oportunidad: “Se

aprecia más la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagradorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”.

98 Sentencia T-239 de 1996 MP. José Gregorio Hernández Galindo. Para la Corte es claro que, “cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela. La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, haciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que haya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria”.

99 Sentencia T-576 de 1993 MP. Jorge Arango Mejía. En aquella oportunidad se concedió la tutela, pues todos estos antecedentes, y, en especial, el hecho de que el Inspector tomó la decisión en contra de la parte lanzada sin sustento probatorio, conducirán a la Sala a la conclusión de ver aquí una vía de hecho, y a la decisión de tutelar el derecho al debido proceso de Norma Sánchez, aclarando que si bien, en principio, la Corte no puede sustituir al funcionario de policía en la apreciación de las pruebas, cuando hay una trasgresión ostensible y grave de los más elementales principios jurídicos probatorios, la Corporación no puede permanecer impasible frente a la violación del derecho al debido proceso, derecho constitucional fundamental según el artículo 29 de la Carta.

100 Por ejemplo, la ya citada sentencia T-442 de 1994.

101 La ya citada sentencia T-538 de 1994.

102 Sentencia T-442 de 1994 MP. Antonio Barrera Carbonell.

103 Sentencia T-1143 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

104 Sentencia SU-159 de 2002 MP: Manuel José Cepeda Espinosa.

105 Sobre el particular, además de la ya citada sentencia C-231 de 1994, pueden consultarse, entre varias, las sentencias T-008 de 1998 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

106 Cfr. sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Para la Corte “es evidente que se desconocería y contravendría abiertamente la Carta Política si se aplica una disposición cuyo contenido normativo es precisamente, y solamente, impedir que se otorguen medidas de aseguramiento a los sindicatos porque los procesos se adelantan ante jueces especializados”, razón por la cual el juez, al constatar su existencia, tendría que haber aplicado la excepción de inconstitucionalidad.

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

108 Cfr., por ejemplo, las sentencias T-804 de 1999 M.P. Antonio Barrera Carbonell y C-984 de 1999 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

109 Sentencia T-462 de 2003 MP: Eduardo Montealegre Lynett.

110 Folio 9 de la providencia del 2 de septiembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

111 Folio 13 de la providencia del 2 de septiembre de 2004 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.