

Sentencia T-792/12

EXCEPCION ETNOCULTURAL PARA EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Aspectos que deben respetarse en la relación entre Ejército y las comunidades indígenas

El literal b) del artículo 27 de la Ley 48 de 1993 establece que “los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica” están exentos en todo tiempo de prestar servicio militar. Desde sus primeras sentencias, la Corte ha sido consistente en señalar que esta norma contempla una prerrogativa constitucionalmente válida, puesto que se trata de una forma de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación prevista en el artículo séptimo de la Constitución. La jurisprudencia en la materia se ha ocupado sobre la condición “indígena” predicable de los individuos que se someten a la definición de su situación militar, y ha señalado de forma enfática que son titulares de la exención a la prestación del servicio militar obligatorio los individuos que se auto reconocen y sean reconocidos por su comunidad como poseedores de una identidad étnica diferenciada, sin importar el medio de prueba que se emplee para acreditarlo.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reconocimiento y debida protección/SITUACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS EN PROCESO DE REETNIZACION O REINDIANIZACION

El reconocimiento de la diversidad étnica está íntimamente relacionado con el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno pues el ejercicio de estos últimos incluye, entre otras cosas, la potestad de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad. Conforme a ello, la Corte ha entendido que las comunidades indígenas ostentan el derecho a “i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”.

COMUNIDADES INDIGENAS-Reconocimiento de estatus especial por la Constitución Política y Convención 169 de la OIT

Esta Corte indicó que para efectos de establecer si un pueblo es indígena deben tomarse en consideración tanto elementos subjetivos como objetivos que permitan llegar a una

conclusión en este sentido. Entre ellos se encuentra, “la voluntad de preservar o reconstruir costumbres ancestrales, el linaje ancestral, y el auto reconocimiento de los pueblos aborígenes como culturalmente diversos”. Sobre este último punto sostuvo que “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”. Sintetizando los pronunciamientos hechos en el ámbito internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, una comunidad es susceptible de ser considerada como indígena, cuando satisface el criterio subjetivo de (i) auto reconocimiento como comunidad étnica y culturalmente diversa, y presente algunas de las siguientes características más o menos objetivas: (ii) el linaje ancestral, esto es, la descendencia de habitantes de la América precolombina; (iii) la conexión con un territorio, entendido este como el ámbito cultural en el que desarrolla su vida la comunidad y no solo con un espacio geográfico predeterminado; o (iv) la presencia de instituciones, costumbres y comportamientos colectivos distintivos y específicos.

COMUNIDADES INDIGENAS EN PROCESO DE REETNIZACION O REINDIANIZACION

Las comunidades en proceso de “reindianización” o “reetnización”, son grupos que tienen procesos más o menos recientes de recuperación de su identidad étnica y, en esa medida, aunque en todos los casos satisfacen el criterio de auto reconocimiento como comunidad indígena (criterio subjetivo), o bien no realizan ni siquiera de forma mínima ninguno de los presupuestos objetivos, pues sus miembros no comparten una lengua, una forma de vestir, tradiciones religiosas o formas de solucionar los conflictos, etc.; o bien la presencia de estos elementos es aún objeto de amplias discusiones políticas entre las comunidades y el Estado, o las comunidades en proceso de reetnización y aquellas cuya identidad étnica se encuentra más consolidada.

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO-Caso en que se solicita exoneración aduciendo que es miembro de una comunidad indígena en proceso de construcción de su identidad

EXCEPCION ETNOCULTURAL PARA EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO Y EXONERACION DEL PAGO DE LA CUOTA DE COMPENSACION MILITAR-Procede por ser miembro de una Comunidad Indígena

DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL Y

SERVICIO MILITAR-Orden al Ejército tramitar los documentos relativos a la definición de la situación militar del accionante

Referencia: expediente T-3.491.933

Acción de tutela instaurada por Víctor Julio Tocarruncho Umba contra el Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar Número 7 de Tunja.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, DC., once (11) de octubre de dos mil doce (2012).

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

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo dictado por el Juzgado Segundo de Familia de Tunja en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. Víctor Julio Tocarruncho Umba, presentó acción de tutela contra el Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar Número 7 de Tunja, por considerar que esta autoridad vulneró su derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad y a la protección de la diversidad étnica, con base en los siguientes hechos y consideraciones:

1. El accionante, de 18 años, es miembro de la Comunidad Indígena Muisca Chibcha de Cómbita (Boyacá) regida por el Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza ubicado en la

ciudad de Tunja.

1. Relata que se ocupa en labores agrícolas, y que está validando los grados décimo y undécimo por medio del convenio suscrito entre el Instituto para la Recreación y el Deporte de Tunja (IRDET) y el Colegio Instituto Nacionalizado de Cómbita¹.

2. Afirma que fue citado en varias oportunidades por la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar Número 7 de Tunja para definir su situación militar. En la primera de ellas, programada para enero de 2012, se le informó que para ser exonerado de la prestación del servicio militar obligatorio debía aportar documentos relativos a su identificación personal, la inscripción de la comunidad indígena ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior, y su pertenencia al Cabildo indígena.

1. En la segunda ocasión, establecida para el mes de abril de 2012, el accionante allegó los documentos solicitados, excepto la certificación del registro de la comunidad ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior pues, tal como el Gobernador del Cabildo le informó, la comunidad no cuenta con dicho registro. Por esta razón, el accionante fue convocado nuevamente para resolver su situación militar el 26 de mayo de 2012.

1. El accionante sostiene que pese a que el Cabildo Indígena al que pertenece aún no está registrado ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, la comunidad ha trabajado para lograr visibilidad y reconocimiento ante el gobierno local y departamental. Ejemplo de ello es que la Alcaldía de Tunja ha garantizado la posesión del Gobernador del Cabildo Mayor, Rodrigo Niño Rocha (Xieguazinsa Inguativa Neusa), durante tres años consecutivos²; y que la Gobernación los invitó a participar de las reuniones de Consejo de Política Social Departamental de Boyacá en los últimos dos años ³.

1. Debido a esto, el accionante considera que la Dirección de Reclutamiento no debería condicionar la exoneración del servicio militar a la presentación de la Certificación del Ministerio del Interior, pues ello desconoce los derechos de la comunidad indígena y lo obliga a pagar la cuota de compensación militar, o bien a poner en peligro su integridad física y sus convicciones como indígena. Al respecto, el accionante afirmó: “no estoy de acuerdo con lo que se maneja lo de la guerra. Yo soy pacifista, no soy guerrerista. No estoy de acuerdo como se manejan los recursos del país, invirtiéndolo en guerra. Porque la guerra trae más guerra. Deberían hacer inversión social (...)”⁴.

1. La demanda de tutela fue admitida el 19 de abril del 2012 por el Juzgado Segundo de Familia de Tunja.

Intervención de la parte demandada.

1. El Capitán Luiyi Yobany Olarte Fierro, Comandante del Distrito Militar No. 7 y Comandante (E) de la Primera Zona de Reclutamiento, solicitó que se declarara improcedente el amparo solicitado, toda vez que la Dirección de Reclutamiento no ha iniciado “trámite alguno que tenga fuerza obligante contra el señor VICTOR JULIO TOCARRUNCHO en relación con la prestación del servicio militar”. En todo caso, recordó que el actor puede obtener la libreta militar presentando ante el Distrito Militar la siguiente documentación:

- Certificación escrita y firmada por el Presidente del Cabildo o Resguardo Indígena al cual pertenece el solicitante donde conste que se encuentra censado.
- Dos fotografías de 3 x 3.4 cms. de frente y fondo azul
- Recibo de cancelación del valor del trámite de expedición de la tarjeta (15% SM.M.L.V)
- Certificación escrita y firmada por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia donde certifique la existencia del resguardo indígena y el registro del solicitante en el censo del mismo”⁵.

Del fallo de tutela.

1. Mediante sentencia proferida el 3 de mayo de 2012, el Juzgado Segundo de Familia de Tunja decidió negar el amparo promovido por Víctor Julio Tocarruncho. Sostuvo que el Ejército Nacional no ha iniciado ningún trámite que vincule al accionante con la institución ni ha negado la solicitud de exoneración del servicio militar obligatorio, pues el actor se ha abstenido de presentar la documentación exigida por la entidad. Por esta razón, no puede afirmarse que haya desconocido los derechos fundamentales del actor.

En todo caso, señaló que es necesario que acredite en debida forma la existencia de la Comunidad Indígena y su pertenencia a ella. A su juicio, “[n]o basta tener una actividad y organización con la calidad indígena, sino que ella debe estar avalada por el Ministerio que se encarga de constatar cada una de las circunstancias atinentes a su reconocimiento; los documentos que se allegaron con la demanda tienen una valía que trasciende en la demostración de su condición, pero la Entidad encargada de su reconocimiento no es otra que el Ministerio del Interior”.

1. El fallo no fue objeto de impugnación.

Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión.

1. Mediante auto del 18 de septiembre de 2012, el Magistrado Sustanciador ofició a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior con el fin de que informara a esta Corporación sobre los trámites que deben adelantarse para obtener el registro de una comunidad indígena ante la entidad; el estado del registro del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza y el estado del registro de otras comunidades indígenas del Pueblo Muisca. También solicitó al ICANH que brindara a esta Corporación toda la información referente a la comunidad en mención, y brindara un concepto en relación con la composición étnica de la organización. Por último, ofició al Gobernador de las Comunidades Indígenas Pueblo Nación Muisca Chibcha de Boyacá para que remitiera a la Corte toda la información

en relación con su comunidad y con los posibles trámites ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

1. Pedro Santiago Posada Arango, Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, indicó que ante la entidad que dirige se encuentran registradas las comunidades muisca de Suba, Bosa, Chía, Cota y Sesquilé, pero que “el ‘Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza (Tunja)’ no figura registrado en las mismas para ninguna vigencia”.

Informó que para determinar si es procedente su registro, la Dirección debe aplicar un estudio etnológico guiado por un protocolo institucional que es liderado en terreno por un antropólogo adscrito a la entidad y desarrollado en conjunto con la comunidad. Para ello, la comunidad debe elevar ante el Ministerio la solicitud de visita, y la Dirección se encarga de programarla, junto con la comunidad y las autoridades locales, teniendo en cuenta el orden cronológico en el que se presentan las solicitudes.

“si los Muisca tienen una historia común, además de una cohesión de grupo, arraigo a un territorio ancestral, cosmovisión, medicina tradicional, relaciones de parentesco y sistema normativo propio que los diferencia del resto de la población colombiana (...), pues si el Estado se limitara a proteger la identidad de una colectividad étnica, compuesta por personas que no se identifican con la misma, o que no hacen parte de ese grupo racial, pero que igual reciben todas las prerrogativas que se entregan para la conservación de esta minoría, estaría haciendo uso indebido de las atribuciones que en esta materia le corresponden (...)”

1. Por su parte, el Director General del Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-, afirmó que la entidad que preside “no está en capacidad de pronunciarse respecto de la composición étnica y demográfica del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza (Tunja)”, pues no tiene investigadores que estén trabajando directamente el tema de la reetnización en Boyacá. Sus investigaciones sobre el pueblo muisca son solo de tipo arqueológico e histórico (al respecto, citan los trabajos de Jorge Gamboa en relación con la

situación de los músicos en el siglo XVI y XVII). En todo caso, de acuerdo con las indagaciones que realizó, informó que el Cabildo Mayor posesionó oficialmente a sus miembros en el 2010 ante el Alcalde de Tunja, pero precisó que “como lo señalan los mismos directivos del cabildo, este reconocimiento es de tipo cultural”.

1. Por último, Rodrigo Niño Rocha (también auto identificado como Xieguazinsa Ingativa Neusa), gobernador del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Boyacá se pronunció en el trámite de la tutela confirmando que la comunidad que preside no está inscrita en el registro que lleva la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio, pero que ello no puede ser óbice para que se nieguen los derechos que tienen como personas que están en un proceso de “recomposición étnica”, teniendo en cuenta la protección a la diversidad étnica y cultural prevista en la Constitución de 1991.

En este sentido, presenta las siguientes pruebas que se dirigen a demostrar que el Cabildo Mayor muisca chibcha de Tunja debe ser considerado como una comunidad indígena para efectos de tramitar la exoneración al servicio militar:

9.1 “En el censo del 2005, aparecen registradas como etnias del Departamento de Boyacá: Los U’wa y Muisca (...), teniendo en cuenta, que en este censo no se aplicaron las preguntas de carácter étnico en ‘cobertura amplia’ sino aleatoriamente, omitiendo la presencia de los descendientes de la etnia en el Departamento de Boyacá”.

9.2 Los cabildantes de la comunidad se han posesionado desde el año 2010, ininterrumpidamente, ante la Alcaldía Municipal de Tunja. De acuerdo con el Gobernador, la aceptación de la Alcaldía obedece a la Circular Externa proferida por el Ministerio del Interior, que señala que como regla general no puede negarse a posesionar un cabildo pues en este acto su labor se circunscribe a dar fe frente al actuar comunitaria. Los únicos eventos en los que puede negarse es cuando evidencie una situación de conflictividad tal al interior de la comunidad, que pueda pensarse que la posesión profundizaría la crisis social, o cuando se celebren dos o más procesos paralelos de elección y se solicite la posesión de todos los elegidos.

9.3 El señor Rodrigo Niño, en su calidad de gobernador del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de

Tchunza, ha sido invitado a varias actividades institucionales del Departamento de Boyacá y la Alcaldía de Tunja. Entre ellas anexa copia de la invitación a participar en las reuniones del Consejo Superior Ambiental de Boyacá; la invitación a participar en la elección de representante y suplente de las comunidades indígenas ante el Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ; y la invitación a participar en los procesos de diseño, formulación, aprobación y adopción de políticas públicas para comunidades étnicas en el Departamento.

9.4 Sin embargo, también manifiesta el gobernador que la comunidad fue excluida de la participación en las mesas de trabajo convocadas por la Oficina de Grupos Poblacionales de la Secretaría de Desarrollo Humano de la Gobernación de Boyacá, debido a “la ausencia del registro de la dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia”.

9.5 El 25 de septiembre de 2005, el entonces presidente Álvaro Uribe Vélez llevó a cabo un consejo comunitario con las comunidades indígenas del plano cundiboyacense, entre las cuales se incluyó al Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza.

9.6 Las acciones del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza han sido reconocidas por otros cabildos registrados ante el Ministerio del Interior. Específicamente, el Gobernador incluyó certificaciones del reconocimiento hecho por los cabildos muisca de Suba y de Cota, la asociación de autoridades tradicionales y cabildos U’wa, y la comunidad indígena Embera Katío-Chami del Alto Nacaberdwa Motordochaque de Puerto Boyacá.

9.7 José Vicente Rodríguez adelantó un estudio denominado “Los chibchas: hijos del sol, la luna y los Andes” en el que recopila las huellas dejadas por los chibchas que vivían en los Andes orientales de Colombia, en las prácticas culturales y las tradicionales de los bogotanos, boyacenses, cundinamarqueses y santandereanos⁶.

9.8 Pablo Felipe Gómez Montañez adelantó como tesis de grado del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes un estudio denominado “Los Chyquys de la Nación Muisca Chibcha: ritualidad, re-significación y memoria”, en el que estudia la mitología de este grupo en recomposición étnica y cuestiona las fronteras jurídicas, políticas y antropológicas actuales del reconocimiento étnico⁷. El contenido de estos textos revisados por el despacho serán presentados según sea necesario a lo largo de la sentencia.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 inciso 2 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problemas jurídicos

La controversia planteada a la Corte en esta oportunidad, surge por cuanto el joven Víctor Julio Tocarruncho fue citado para definir su situación militar cuando se encontraba finalizando sus estudios de bachillerato. Al atender esta citación, solicitó a la Dirección de Reclutamiento la exoneración definitiva del servicio militar obligatorio aduciendo su condición de indígena miembro de la Comunidad Muisca Chibcha de Cómbita. Sin embargo, su petición no fue tramitada por cuanto el accionante no pudo aportar la certificación del Registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, ya que esta comunidad perteneciente al Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja, no ha solicitado dicha inscripción. Ello obedece a que apenas en los últimos años iniciaron un proceso de reconstrucción de la cultura y la tradición muisca en el Departamento.

Así las cosas, la Sala Novena de Revisión debe establecer (i) si el accionante está amparado por la norma que exonera a los indígenas de la prestación del servicio militar obligatorio, teniendo en cuenta que el Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja al que pertenece la comunidad Muisca Chibcha de Cómbita es una colectividad que se encuentra en un proceso de reetnización y reconstrucción de la cultura y la tradición muisca. Además, la Sala estima que también es necesario establecer si se vulneró o amenazó con vulnerar los derechos fundamentales a la identidad étnica y a la supervivencia cultural del accionante, que se auto reconoce como indígena de la comunidad Muisca Chibcha de Cómbita, así como los derechos de esta colectividad, al (ii) exigirle como prueba de la existencia de la comunidad la certificación de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala considera necesario referirse a tres asuntos estrechamente relacionados entre sí. En primer lugar, al alcance y condiciones de aplicación de la exoneración a los indígenas de la prestación del servicio militar obligatorio como expresión del principio de diversidad étnica y cultural. Luego de ello, la Sala se pronunciará

sobre el reconocimiento de la diversidad cultural y étnica de los pueblos indígenas, y examinará los supuestos en que este principio puede amparar a comunidades en procesos de reetnización o reindianización. Por último, abordará el caso en concreto.

1. Los miembros de las comunidades indígenas están exonerados de la prestación del servicio militar obligatorio. Reiteración de jurisprudencia.

1.1 Prestar servicio militar es un deber establecido en la Constitución Nacional, principalmente en el artículo superior 216, que establece que “todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, y el artículo 95 que prevé el deber de “respetar y ayudar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales”. Teniendo en cuenta estas normas, la Corte ha admitido que el servicio militar es obligatorio⁸, pero que se trata de un deber que admite excepciones, pues la Carta facultó expresamente al legislador para regular las condiciones “que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.

La Ley 48 de 1993, que reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización, contempló dos excepciones. Una de ellas, el aplazamiento, permite postergar la entrada a las fuerzas militares de quien se encuentre en las situaciones temporales previstas en la norma, tales como estar detenido preventivamente o ser hermano de quien esté prestando servicio militar obligatorio⁹. La segunda es la exención del servicio, que dispensa de forma concluyente del cumplimiento de este deber constitucional y da lugar a la definición de la situación militar. Dentro de este grupo están exentos en todo tiempo las personas que tienen limitaciones físicas y sensoriales permanentes y los indígenas¹⁰.

No obstante, la Corte ha enfatizado que la exoneración por razones etnoculturales no es equivalente a la objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio¹¹. Esta última constituye un ejercicio de la libertad de conciencia (Art. 18 C.N) que lleva a un individuo a resistirse a obedecer un imperativo jurídico en razón de sus íntimas y fundadas convicciones o creencias, en tanto que la exoneración a los indígenas obedece a la protección de la diversidad étnica y cultural de una comunidad indígena (Art. 7 C.N), y constituye un

reconocimiento del Estado respecto del hecho de que los pueblos indígenas estuvieron históricamente sometidos a métodos violentos de exclusión y exterminio, hasta dejarlos en algunos casos al borde de su desaparición. Aun cuando en ambos casos el individuo pueda repudiar la toma de las armas por razones individuales, mientras que al objetor de conciencia se le protege solo por sus convicciones personales, el indígena es eximido más allá de su opinión particular respecto del servicio militar, para proteger la comunidad indígena a la que pertenece -minoritaria dentro de la Nación-, así como a su concepción diversa de deber y vida buena.

1.3 Esta Corporación consideró desde la sentencia C-584 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) que “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”. En este sentido, la Corte entendió que la excepción al servicio militar es un mecanismo de protección de la existencia misma de la comunidad étnica y de su supervivencia como cultura. Además, dado que esta exención no protege de forma exclusiva al indígena individualmente considerado sino que también involucra los derechos de la comunidad, la Corte consideró que la exención solo tiene sentido frente “a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”. Por ello restringió la exención a quienes habitan físicamente en el territorio ancestral o el resguardo, dando valor al tenor literal del artículo 27 de la Ley 48 de 1993¹².

Más adelante, la sentencia T-113 de 2009 (M.P. Clara Elena Reales) reiteró que la exoneración del servicio militar obedecía al mandato constitucional de protección del derecho a preservar la existencia de las comunidades indígenas y, por ende al derecho a la identidad étnica, a la supervivencia cultural y a la preservación de su lugar natural de habitación. Sin embargo, aclaró que conforme a los posteriores desarrollos constitucionales sobre el alcance de los derechos de los pueblos indígenas, la identidad étnica no puede vincularse de forma exclusiva a la residencia en un determinado territorio.

Tal como se había anticipado desde el salvamento de voto a la sentencia C-584 de 1994, la Corte precisó que la identidad étnica está ligada a una cosmovisión antes que a un territorio específico, pues “la Constitución Política garantiza a los miembros de las comunidades

indígenas la posibilidad de actuar de acuerdo a su cosmovisión cultural, ‘dentro y fuera de sus territorios’”. Por esta razón, asoció el factor territorial establecido en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 al ámbito cultural en el que desarrolla su vida la comunidad indígena, sin restringirlo a la ubicación geográfica o al resguardo¹³.

1.4 Abandonado como criterio de adjudicación exclusivo de la exoneración del servicio militar la permanencia en un determinado territorio indígena, la Corte encontró necesario reformular los criterios que permiten establecer cómo debe interpretarse la expresión “indígena”, que define el sujeto titular de la exención consagrada en la norma. Para ello, siguiendo los parámetros empleados en otros ámbitos en los que se aplican excepciones etnoculturales¹⁴, concluyó que la demostración de la condición indígena de un sujeto debe darse “a partir de la identidad cultural real de la persona indígena”, esto es, a partir de las consideraciones en torno a la auto identificación a una determinada comunidad y la aceptación por parte de dicha comunidad.

Concretamente, para efectos de establecer quién es el individuo titular de la excepción consagrada en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 la Corte fijó las siguientes reglas:

i. “La condición de indígena que conserva su integridad cultural social y económica es algo que ha de valorarse en el contexto específico de cada cultura y cada caso particular”¹⁵.

ii. Puede emplearse cualquier mecanismo para establecer la condición de indígena de una persona, y no solamente su inclusión dentro del censo de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior. Entre ellas están “‘las certificaciones de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo’; ‘las certificaciones del censo interno que, de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, debe llevar cada comunidad’; [y los] ‘estudios sociológicos y antropológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad y del sujeto’”¹⁶; entre otros.

iii. Dentro de la variedad de mecanismos para probar la condición de indígena “deben tener mayor peso los que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades”¹⁷.

iv. “Cuando una persona sea presentada por las autoridades tradicionales indígenas como alguien que pertenece a la comunidad debe presumirse y considerarse que conserva su identidad cultural”¹⁸. En estos eventos, “corresponde a quienes no consideren cierta tal manifestación demostrar que la persona en cuestión no conserva su identidad cultural”¹⁹.

v. “[C]uando un joven no haga referencia a su condición indígena o simplemente la niegue por temor a ser discriminado, si existen criterios claros y objetivos para pensar que le joven sí pertenece a una comunidad indígena, es deber del Ejército Nacional adoptar las medidas adecuadas y necesarias para esclarecer su identidad”²⁰.

1.5 Ahora bien, el artículo 27 de la Ley 48 de 1993 precisa que los indígenas están exentos de prestar el servicio militar “en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar”. En términos del proceso de selección e incorporación al servicio militar obligatorio, esta expresión debe ser interpretada en el sentido de que los indígenas pueden ser citados para inscribirse con el propósito de definir su situación militar pero, luego de ello, no están obligados a continuar con el proceso de selección previsto en la ley, esto es, no pueden ser compelidos a presentar exámenes de aptitud psicofísica, ni a participar en el sorteo y la clasificación.

Así lo plantea el artículo 14 de la Ley 48 de 1993 al prescribir que “todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento”²¹. Para la Sala, dicha exigencia no resulta irrazonable en el caso de los indígenas, por cuanto permite a las fuerzas militares entrar en contacto con los candidatos a prestar servicio militar, llevar un registro de quienes se presentan para definir su situación militar, y aplicar de forma individualizada la exención.

Sin embargo, cuando se haya establecido que una persona se encuentra dentro de la causal de exención por el hecho de ser indígena, sin procedimientos adicionales y sin pagar cuota de compensación militar, la Dirección de Reclutamiento tiene el deber de entregar el documento que acredita la definición de la situación militar, teniendo en cuenta que como la exención del servicio militar opera para los indígenas en todo tiempo, estos no pueden ser considerados reservistas de las Fuerzas Armadas²². Conforme a la protección otorgada a la diversidad étnica a través de la exoneración del servicio militar, la Dirección de

Reclutamiento debe abstenerse de exigir que se continúe el proceso retrasando la decisión sobre la exención.

1.6 No escapa a la Corte que es posible que un indígena desee prestar el servicio militar obligatorio, rechazando la exención que lo cobija. En tal evento, la sentencia T-113 de 2009 estableció que no desconoce el derecho a la diversidad étnica la decisión de un indígena de prestar el servicio militar obligatorio siempre y cuando su decisión esté precedida por (i) el consentimiento expreso del joven indígena, manifestado de forma libre e informada; (ii) el conocimiento de la comunidad sobre esta decisión; y (iii) la adopción de medidas adecuadas y necesarias para que el joven pueda comunicarse antes y durante la prestación del servicio militar con las autoridades reconocidas de la comunidad²³. Además, en la medida en que la exención de la prestación del servicio militar obligatorio fue extendida a “todo tiempo”, la Corte aclaró que (iv) el joven indígena puede decidir en cualquier momento posterior a la declaración retirar su consentimiento voluntario y, por tanto, exigir la desincorporación de las fuerzas militares.

1.7 Hasta aquí, puede concluirse que la exoneración de los indígenas del servicio militar obligatorio no es otra cosa que una cesión del deber constitucional relativo al servicio militar obligatorio frente al imperativo de protección de la diversidad étnica y cultural del Estado. En este sentido, frente a la tensión planteada entre el deber constitucional de prestar servicio militar obligatorio y el principio de reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural, el Estado ha optado por dar prevalencia a la protección de la comunidad indígena a la que pertenece el candidato a la exoneración, pues considera que cada miembro de la comunidad es importante para la construcción y preservación del pueblo indígena y que, obligar a que cualquiera de ellos se retire del ámbito comunitario, puede vulnerar los derechos a la supervivencia y libre determinación de la comunidad indígena a la que pertenece el candidato a la exoneración.

La jurisprudencia en la materia se ha ocupado sobre la condición “indígena” predicable de los individuos que se someten a la definición de su situación militar, y ha señalado de forma enfática que son titulares de la exención a la prestación del servicio militar obligatorio los individuos que se auto reconocen y sean reconocidos por su comunidad como poseedores de una identidad étnica diferenciada, sin importar el medio de prueba que se emplee para acreditarlo. Sin embargo, no ha abordado casos en los que se controvierta el reconocimiento

del derecho a la identidad étnica de la comunidad a la que pertenece el indígena. Por lo tanto, esta Sala estima necesario estudiar los criterios que han permitido a la Corte identificar los sujetos colectivos del derecho al reconocimiento de la identidad étnica con el propósito de identificar luego su incidencia en la determinación de los titulares de la exoneración del servicio militar obligatorio.

1. El derecho de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica. Situación de las comunidades en proceso de reetnización o reindianización.

Las comunidades indígenas son sujetos del derecho a ser reconocidos en su diversidad étnica y cultural.

2.1 En virtud del reconocimiento constitucional de los principios de diversidad étnica y cultural, pluralismo y participación²⁴, la Corte ha entendido que no solo los indígenas considerados individualmente, sino también las comunidades de las que son parte, son titulares de derechos fundamentales²⁵. Además, ha dicho que uno de los primeros derechos de los pueblos indígenas es el derecho a la identidad y al reconocimiento de la diversidad étnica.

Para la Corte, varias razones explican la importancia del reconocimiento de la diversidad étnica de las comunidades. Para empezar, el reconocimiento de su diversidad exige adoptar medidas que impidan someter a las comunidades a una asimilación forzada o a la destrucción de su cultura²⁶. Además, este acto hace parte del respeto por el derecho a la identidad étnica que es la “facultad de todo grupo indígena y de sus miembros, de formar parte de un determinado patrimonio cultural tangible o intangible, y de no ser forzado a pertenecer a uno diferente o a ser asimilado por uno distinto”²⁷.

Igualmente, el reconocimiento de la diversidad étnica está íntimamente relacionado con el derecho de los pueblos indígenas a la autonomía y al autogobierno pues el ejercicio de estos últimos incluye, entre otras cosas, la potestad de autoidentificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad. Conforme a ello, la Corte ha entendido que las comunidades indígenas ostentan el derecho a “i) ser reconocidas por el Estado y la sociedad como tales, en virtud de una conciencia de identidad cultural diversa, y; ii) a que no se pueda

negar arbitrariamente la identidad real de la comunidad y de sus miembros”²⁸.

Criterios que contribuyen a identificar las comunidades indígenas.

2.2 En algunos casos el reconocimiento de la identidad étnica diversa por parte de la Corte ha estado precedida de la determinación de criterios constitucionalmente válidos que permitan establecer el carácter “indígena” de una comunidad. En estos escenarios, la Corte ha decidido no adoptar una definición fija o estricta de la identidad étnica, para limitar el peligro de la injerencia estatal en el espacio constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, que incluye su auto reconocimiento como indígenas. Con todo, teniendo en cuenta esta precaución, ha optado por acudir principalmente a los criterios interpretativos empleados en el sistema internacional de protección de los derechos humanos que le permitan establecer qué comunidades son sujeto de reconocimiento étnico y cultural.

2.3 El Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional de central importancia para el reconocimiento a nivel interno de los derechos de los pueblos indígenas, prevé en su artículo primero que su contenido se aplica a los pueblos indígenas “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

Además, el Convenio 169 señala en el numeral dos del mismo artículo que “la conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”²⁹. Igualmente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales”³⁰.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha concluido que para el sistema regional de protección de derechos humanos, el “criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de indígena, tanto individual como colectivamente en tanto pueblos”³¹. Y específicamente en cuanto a las comunidades indígenas, ha explicado que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la identificación de cada

comunidad indígena 'es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía'³², por lo cual corresponde a la comunidad correspondiente identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan: 'la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique'³³³⁴.

2.4 Con base en lo anterior, en las sentencias T-703 de 2008 (M.P Manuel José Cepeda) y T-282 de 2011 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva), esta Corte indicó que para efectos de establecer si un pueblo es indígena deben tomarse en consideración tanto elementos subjetivos como objetivos que permitan llegar a una conclusión en este sentido. Entre ellos se encuentra, "la voluntad de preservar o reconstruir costumbres ancestrales, el linaje ancestral, y el auto reconocimiento de los pueblos aborígenes como culturalmente diversos"³⁵. Sobre este último punto sostuvo que "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"³⁶.

2.5 Así las cosas, sintetizando los pronunciamientos hechos en el ámbito internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia constitucional, una comunidad es susceptible de ser considerada como indígena, cuando satisface el criterio subjetivo de (i) auto reconocimiento como comunidad étnica y culturalmente diversa, y presente algunas de las siguientes características más o menos objetivas: (ii) el linaje ancestral, esto es, la descendencia de habitantes de la América precolombina; (iii) la conexión con un territorio, entendido este como el ámbito cultural en el que desarrolla su vida la comunidad y no solo con un espacio geográfico predeterminado; o (iv) la presencia de instituciones, costumbres y comportamientos colectivos distintivos y específicos.

Por supuesto, los criterios mencionados no constituyen una lista taxativa que la autoridad judicial o administrativa deba verificar antes de proteger una comunidad indígena. Tampoco se trata de una lista que las comunidades indígenas "deban" cumplir a cabalidad. La Corte ha mencionado estos criterios de forma meramente enunciativa, de modo que a partir de la presencia de algunos o todos de ellos, pueda recaudarse información suficiente que lleve a la certeza en relación con la composición étnica de una comunidad.

2.6 La identificación de estos criterios objetivos y subjetivos de etnicidad involucra un proceso de diferenciación por parte de actores externos e internos de la comunidad que da lugar de forma simultánea a la autodesignación de la identidad étnica y a la heterodesignación de la misma. Por esto, es necesario considerar también las relaciones del grupo étnico con el conjunto de la sociedad, pues el reconocimiento que hace uno y otro sobre la identidad indígena de un determinado colectivo influye en la constitución de la misma. En palabras de Laurent, la etnicidad debe concebirse “a partir del equilibrio entre un conjunto fácilmente identificable -pero cambiante- de elementos objetivos y la subjetividad mediante la cual el grupo se percibe y reproduce, no sólo dentro de sus fronteras sino también frente a ellas”³⁷ (subrayas fuera del texto).

2.7 En esta lógica relacional, adquiere relevancia estudiar la presencia de marcadores objetivos y subjetivos de etnicidad desde la perspectiva de los pronunciamientos que sobre el carácter étnico de la comunidad hacen otras comunidades indígenas, las instituciones del Estado y los mismos miembros de la comunidad, sin que ellos, por sí solos, puedan convertirse en criterios determinantes para establecer si se está en presencia o no de una comunidad indígena.

2.8 Con todo, para la Corte, no puede colegirse que la prueba de estos marcadores objetivos, subjetivos y relacionales deban probarse mediante determinados documentos, a la manera del sistema de “tarifa legal”. Restringir los medios probatorios de estas características únicamente a las certificaciones que provengan del Estado, desconoce de forma absoluta la autonomía de los pueblos indígenas, la importancia que tiene el auto reconocimiento para la definición de su carácter étnico y los eventos en los cuales, por circunstancias ajenas a su voluntad, las comunidades indígenas no están en capacidad de satisfacer todos los criterios presentados anteriormente.

2.9 En este orden de ideas, debe la Corte precisar que el registro ante la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior tiene un alto valor probatorio, además de la importancia que tiene a nivel de las gestiones administrativas, pero no es el instrumento definitivo para establecer si una comunidad es titular del derecho al reconocimiento y respeto de su diversidad étnica y cultural. Para dirimir este asunto es necesario tener en cuenta la identidad indígena real de la comunidad, tomando en consideración los elementos subjetivos y objetivos que permiten llegar a tal conclusión. Además, es preciso que estos criterios sean interpretados bajo el

respeto al principio de buena fe, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, el derecho al debido proceso, y la consideración de los pueblos indígenas como sujetos de especial protección.

2.10 Ahora bien, aunque el valor de los parámetros objetivos y subjetivos para identificar una comunidad indígena desde el punto de vista constitucional es innegable, casos como el que aborda en esta oportunidad la Sala, en los que por las características de la colectividad no pueden verificarse satisfactoriamente a través de los criterios mencionados, pero se acreditan otros elementos que hacen pensar razonablemente que se está ante una comunidad étnica, o al menos ante una comunidad que intenta reivindicar esta condición, cuestionan a la Corte sobre la suficiencia de los criterios objetivos y subjetivos de identificación. Específicamente, la Corte se pregunta si estas comunidades ubicadas en lo que se ha denominado “frontera étnica”, pueden ser amparadas por el principio de diversidad étnica y cultural, o si es constitucionalmente admisible que sean excluidas de la protección que reciben las comunidades indígenas.

Las comunidades en proceso de reetnización o reindianización.

2.11 Las comunidades en proceso de “reindianización” o “reetnización”, son grupos que tienen procesos más o menos recientes de recuperación de su identidad étnica y, en esa medida, aunque en todos los casos satisfacen el criterio de auto reconocimiento como comunidad indígena (criterio subjetivo), o bien no realizan ni siquiera de forma mínima ninguno de los presupuestos objetivos, pues sus miembros no comparten una lengua, una forma de vestir, tradiciones religiosas o formas de solucionar los conflictos, etc.; o bien la presencia de estos elementos es aún objeto de amplias discusiones políticas entre las comunidades y el Estado, o las comunidades en proceso de reetnización y aquellas cuya identidad étnica se encuentra más consolidada.

En la medida en que su propósito es construir una identidad individual y colectiva como indígenas es posible que, como resultado del paso del tiempo y de la movilización social y política, algunas de estas comunidades logren consolidar no solo la auto identificación de sus miembros como indígenas, sino la apropiación de territorios, la recuperación de la cultura, la lengua y otros marcadores objetivos que los identifiquen como indígenas. Pero también es posible que luego del proceso de reconstrucción de la identidad, la colectividad desaparezca

o decida abandonar la pretensión de ser reconocida como una comunidad étnica.

2.12 De acuerdo con Chaves y Zambrano, “los procesos de reindianización pueden verse desde dos ángulos: (1) como el reverso deliberado de los procesos de desindianización; y (2) como la reconfiguración de la parte indígena de las identidades mestizas”³⁸.

En el primer caso, comunidades indígenas que se autodespojaron de su identidad en respuesta a presiones políticas, sociales o económicas externas, deciden empezar a revertir estos procesos, reivindicando las tierras en las que siempre han vivido, las prácticas cotidianas que mantienen, el autogobierno para todos aquellos que conocen una lengua étnicamente diferenciada, etc. Ejemplo de ello es el caso emblemático de los Kankuamos de la Sierra Nevada de Santa Marta, pueblo que pese a ser considerado totalmente asimilado a la cultura mayoritaria nacional por la academia³⁹, empezó un proceso social de recuperación de su cultura indígena, e hizo reclamos por su territorio y el derecho al autogobierno que lo han llevado a obtener el reconocimiento de la comunidad en la mayoría de las instancias estatales y comunitarias existentes.

Sobre los Kankuamos, en la sentencia T-903 de 2009 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva), la Corte indicó que “la decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria”.

2.13 El segundo caso se circunscribe a procesos de etnogénesis, en los que un grupo trabaja por el reconocimiento de su diversidad cultural y étnica, no con base en la recuperación de elementos identitarios que quedaron prácticamente invisibilizados o suprimidos, pero de los que se conservan al menos vestigios, sino con fundamento en la apropiación actual de elementos étnicos propios de comunidades ancestrales –al menos aparentemente-extinguidas, con los que se construye alguna conexión por la vía de la ocupación del territorio, de la práctica de ritos religiosos, o de la incorporación de prácticas y costumbres tradicionales en la vida cotidiana⁴⁰.

En la medida en que la reindianización por esta vía constituye un proceso histórico y político, en este campo pueden hallarse comunidades recién formadas que parecen encontrarse más

cerca del mestizaje propio de la sociedad mayoritaria, y otras que han logrado un reconocimiento étnico, decidido y pacífico de otras comunidades indígenas, del Estado y de otras instituciones, de suerte que su “condición indígena” ha quedado ya fuera de discusión.

2.14 Estos procesos de reetnización que ubican a las comunidades en una “frontera étnica”⁴¹ es problemática a la hora de establecer si ellas están amparadas por el principio de diversidad étnica y cultural, y si deben ser consideradas titulares de los derechos de los pueblos indígenas. Pues si bien es claro que no pueden ser identificadas a partir de los criterios objetivos y subjetivos previstos usualmente, no es igualmente evidente que deban ser excluidas de la protección brindada a los pueblos indígenas. La decisión sobre este último punto plantea una tensión entre los deberes del Estado en la materia y el alcance de la diversidad étnica y cultural contemplada en la Constitución.

De un lado, puede argumentarse que el Estado, como primer garante de los derechos fundamentales y administrador de los recursos públicos, debe ejercer un control estricto que permita garantizar que dichas comunidades realmente tengan como propósito reconfigurar su identidad como indígenas, pues ello limita el riesgo de que constituyan una colectividad que, sin ser diferenciable por su etnia o cultura, y sin encontrarse en las condiciones materiales de vulnerabilidad que justifican la protección reforzada de las comunidades, pretenda acceder a las prerrogativas que los indígenas tienen frente a la sociedad mayoritaria en virtud de una pretendida reivindicación étnica.

En efecto, el Estado tiene el deber de asegurar el buen uso de los recursos públicos y, por ello, debe establecer mecanismos de verificación para que los recursos económicos que garantizan algunos de los derechos de las comunidades indígenas, las asignaciones del Sistema General de Participaciones⁴² o la administración colectiva de un territorio, sean correctamente destinados. Pero los derechos de los pueblos indígenas no se agotan en lo económico. Por eso, también parece necesario evitar que las comunidades que no se diferencian por razones etnoculturales de la sociedad mayoritaria abusen del derecho, obteniendo a su favor los derechos al autogobierno, a la supervivencia cultural, a la educación, la salud propia, la administración propia de justicia, la participación política, y, en general, a la especial protección del Estado, sin tener las calidades necesarias para ello.

Cabría señalar además que estos deberes constituyen una forma de proteger la diversidad étnica a la que se comprometió el Estado en el artículo 7 de la Constitución, pues la obligación de protección exige llevar a cabo acciones positivas que conduzcan a las comunidades indígenas a desarrollar libremente y sin perturbaciones su diversidad étnica y cultural, y que puedan ser reconocidas como indígenas sin obstáculos de ningún tipo. Siguiendo este argumento, una de las acciones para preservar la diversidad de las comunidades, y la legitimidad de su identificación como indígenas, sería precisamente evitar que bajo el nombre de las comunidades indígenas se incluyan otros grupos que aunque reivindiquen algunas diferencias en relación con la sociedad mayoritaria, no lo hagan en razón de ser una etnia distinta pues, ello llevaría a situaciones que contradicen el propósito de la Constitución, tales como la trivialización de los derechos de los indígenas o el fomento de los conflictos entre grupos indígenas por los recursos y derechos de sus pueblos.

Del otro lado, sin embargo, se tiene que no son admisibles constitucionalmente los parámetros que plantean una definición fija o estática de la identidad étnica, porque la etnicidad es una “construcción cultural”⁴³ y, por lo tanto, no puede desconocerse que ella varía en función del desarrollo de los procesos al interior de cada comunidad, del momento histórico-social, e incluso de los avances de otras disciplinas tales como la sociología, la antropología y la historia.

En la misma dirección, debe tenerse en cuenta que un ejercicio irrestricto de caracterización de lo que puede entenderse como “indígena” y de aquello que no, es una injerencia indebida del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, pues este derecho incluye la posibilidad de auto reconocerse como diverso y de que esa auto identificación tenga valor ante la sociedad y el Estado. El rígido establecimiento de criterios de identificación de las comunidades indígenas tiene el peligro de abrir paso a prácticas de diferencialismo negativo, que atenten contra el principio constitucional de pluralismo y reconocimiento de la diversidad étnica, así como contra el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación.

2.15 Puestas así las cosas no parece posible que la Corte se incline hacia ninguno de los dos extremos. Si solo tomara en consideración la necesidad de proteger los recursos del Estado y evitar el ejercicio abusivo del derecho y de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, podría tender a negar el carácter indígena de las comunidades que apenas inician

su proceso de auto y hetero identificación como indígenas, desconociendo que otras comunidades que ya tienen este reconocimiento han transitado vías muy similares. De otro lado, si pusiera su acento solo en la protección de la diversidad étnica podría terminar desdibujando esta institución, al punto de permitir la inclusión en ella de todo tipo de colectividades.

2.16 Por ello, partiendo del supuesto según el cual ningún principio es absoluto y su realización debe llevarse a cabo en la mayor medida de lo posible teniendo en cuenta las particularidades del caso concreto, y las normas que se le opongan⁴⁴, la Corte considera que frente a las dudas razonables en torno a la diferencia étnica de una colectividad que, aunque se auto identifica como indígena no responde a criterios objetivos de reconocimiento (pues no comparte una lengua común, un territorio, linaje ancestral, costumbres ancestrales, entre otros), o dice atenderlos, pero su satisfacción es objeto de múltiples controversias al interior de las comunidades, en la relación de estas con el Estado y con otras comunidades indígenas, debido a que es una comunidad en proceso de reetnización, el juez constitucional debe conceder la protección de la diversidad étnica y cultural de una comunidad que se auto identifica como tal, siempre y cuando verifique en el caso concreto:

- i. que los miembros que pertenecen a la comunidad se auto reconocen como indígenas y pueden dar razones que sustentan esta auto identificación;
- ii. que puede corroborarse que la comunidad está adelantando un proceso de reconstrucción étnica y no otro tipo de proceso organizativo, pues se observa que el trabajo comunitario se dirige principalmente a lograr la reconstrucción de la costumbres ancestrales, la lengua de la comunidad, y el reconocimiento por parte de otras comunidades indígenas, entre otras; esto es, que pueda concluirse que la comunidad trabaja por la recuperación o reapropiación de los elementos que conforman usualmente los criterios objetivos de identificación de las comunidades indígenas;
- iii. que este proceso se realiza de buena fe, y sin la intención de apropiarse indebidamente de los recursos del Estado o de abusar de los derechos de los pueblos indígenas, y
- iv. que, aun cuando los anteriores elementos estén presentes, la protección de otros

principios constitucionales involucrados, o la aplicación de las reglas del derecho de la sociedad mayoritaria, no reviste una mayor importancia que la protección del proceso de reconstrucción étnica en el caso concreto.

Teniendo en cuenta estos criterios, la Corte da prevalencia a la diversidad étnica y cultural, principio que constituye uno de los pilares del Estado colombiano, y concede valor a la auto identificación de un sujeto o una comunidad como indígena, al tiempo que garantiza la protección del erario y la justa adjudicación de los derechos de los que son titulares los pueblos indígenas, en el caso de aquellas comunidades que adelantan procesos culturales y organizativos tendientes a reivindicar su condición indígena frente a la sociedad mayoritaria. Ello no obsta para que si posteriormente se establece con claridad que la colectividad no constituye una comunidad indígena, el juez constitucional se abstenga de proteger sus derechos en tanto comunidad étnica diferenciada.

1. El caso en concreto.

3.1 Víctor Julio Tocarruncho fue citado a principios del año 2012 por la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar Número 7 de Tunja con el fin de inscribirse para definir su situación militar. Tocarruncho acudió a la cita programada y solicitó la exoneración del servicio militar obligatorio aduciendo que es miembro de la comunidad muisca chibcha de Cómbita, que a su turno hace parte del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza (Tunja). Sin embargo, su solicitud no fue resuelta pues, antes de tomar una decisión, los funcionarios de la Primera Zona de Reclutamiento le pidieron aportar la certificación del registro de la comunidad ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

Como se probó en el trámite de la acción de tutela, el Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja no ha solicitado este registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas, pues es una comunidad indígena en proceso de construcción de su identidad como pueblo muisca chibcha. De hecho, actualmente se encuentra en el proceso de elaboración de un censo que le permita determinar con exactitud el número de sus integrantes. Pese a ello, el accionante y el gobernador del Cabildo Mayor, Rodrigo Niño o Xieguazinsa Ingativa Neusa (nombre que acuñó como gobernador del cabildo), afirman que la ausencia de este registro no puede implicar el desconocimiento del carácter indígena de su comunidad, pues existen buenas razones para considerar que la suya es una comunidad étnicamente diversa. Con base en las

pruebas en las que sustentan esta afirmación, consideran que debe concedérsele a Tocarruncho la exoneración definitiva del servicio militar.

3.2 El Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento señaló que no era posible concluir que la institución que dirige vulneró los derechos fundamentales del accionante, puesto que esta no ha iniciado “trámite alguno que tenga fuerza obligante” contra el señor Víctor Julio Tocarruncho en relación con la prestación del servicio militar y porque, en todo caso, el actor puede obtener la libreta militar presentando ante el Distrito el certificado expedido por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

Para la Sala, si bien es cierto que al momento de la instauración de la acción de tutela Víctor Julio Tocarruncho no había sido llamado para completar el procedimiento de definición de la situación militar que, para quienes no están exonerados del servicio, consiste en la clasificación, presentación de pruebas de aptitud psicofísica e incorporación a las fuerzas militares (arts. 14 al 22 Ley 48/93), sí había recibido citación, con el objeto de inscribirse para definir su situación militar. Contrario a lo sostenido por el comandante de la institución accionada, la citación y la inscripción constituyen llamados que tienen fuerza vinculante para los candidatos pues, como lo estableció la Corte en sentencia C-879 de 2011 (M.P Humberto Sierra Porto), las fuerzas militares están facultadas para usar la fuerza o la autoridad para obligar a quienes se resistan a cumplir con el deber de inscribirse e, incluso pueden retener al joven de manera momentánea mientras se verifica la inscripción. Cosa distinta es que el accionante no estuviera en la obligación de definir su situación militar porque al momento de la citación se encontraba estudiando en una institución oficial para validar los cursos décimo y undécimo.

Así las cosas, el llamado a inscribirse con el fin de definir situación militar era suficiente para que el accionante estableciera una relación de carácter vinculante con las autoridades encargadas del reclutamiento para la prestación del servicio militar obligatorio, que permita examinar si en el trámite adelantado se vulneraron o amenazaron con vulnerar los derechos del actor. Esto significa que las autoridades accionadas no podrían excusarse en la ausencia de definición plena de la situación militar para abstenerse de garantizar el debido proceso desde el inicio de la misma, o para dejar de aplicar las causales de exención y aplazamiento del servicio militar obligatorio, con pleno respeto de los derechos fundamentales.

Establecido así el vínculo existente entre las autoridades accionadas y el demandante, es procedente entrar a analizar de fondo las solicitudes hechas por este y por su comunidad, en relación con la exoneración de la prestación del servicio militar obligatorio.

3.3 El Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento manifestó que Víctor Julio Tocarruncho podía ser exonerado del servicio militar obligatorio, sin pagar cuota de compensación militar, una vez presentara su identificación personal, constancia de pertenecer a una comunidad indígena y “certificación escrita y firmada por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia donde certifique la existencia del resguardo indígena y el registro del solicitante en el censo del mismo”.

Igualmente, el juez que resolvió esta acción de tutela en primera instancia negó el amparo por cuanto consideró que el registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior era indispensable para acreditar en debida forma la existencia de la comunidad indígena. Para este juzgado, aunque “los documentos que se allegaron con la demanda tienen una valía que trasciende en la demostración de su condición, pero la Entidad encargada de su reconocimiento no es otra que el Ministerio del Interior”.

La Sala encuentra acertado que las autoridades militares apliquen la exoneración a los indígenas del servicio militar obligatorio solo en los casos en los que se encuentre acreditada la pertenencia del joven a una comunidad indígena, y la existencia de la comunidad misma. Esta exigencia es razonable por cuanto la exoneración por razones etnoculturales constituye una de las pocas excepciones al deber constitucional de prestar servicio militar, y porque, tal como se ha interpretado el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, el propósito de esta exoneración es principalmente garantizar la supervivencia de la comunidad indígena a través de la protección de sus miembros.

Pese a ello, no es constitucionalmente válido exigir como único medio de prueba de la existencia de la comunidad indígena el registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior (ver supra 2.8). Conforme a lo señalado en relación con la protección del principio de diversidad étnica y cultural, las comunidades indígenas pueden valerse de otros medios probatorios, siempre que ellos permitan establecer la identidad indígena de una colectividad, esto es, que dichas pruebas contribuyan efectivamente a verificar si la comunidad cumple de forma suficiente con los criterios previstos en la jurisprudencia para

este propósito.

Por esta razón, la Sala encuentra que las autoridades accionadas desconocieron los derechos fundamentales de Víctor Julio Tocarruncho, auto identificado como indígena, pues restringieron la prueba de la existencia de la comunidad y de su carácter étnico a la certificación del registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas y se abstuvieron de tramitar la exoneración del servicio militar obligatorio alegando la ausencia de otro documento. Del mismo modo, el juez de primera instancia erró al negar el amparo solo con base en la inexistencia del registro, pues al hacerlo amenazó con desconocer el derecho a la identidad étnica de las comunidades indígenas, al restringir la posibilidad de que se decidiera en el trámite la exoneración del servicio militar obligatorio del accionante.

Los criterios para reconocer una comunidad indígena y a los miembros de ella son mucho más amplios que el registro estatal de los mismos, y tienen que ver con la verificación de aspectos subjetivos, objetivos y relacionales que conduzcan a determinar la etnicidad de una comunidad. Sin embargo, estos asuntos fueron desatendidos por la autoridad accionada.

3.4 Pero más allá de la injustificada limitación de los medios de prueba al registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas, la controversia que plantea el asunto bajo examen tiene que ver con las dificultades para llegar a una conclusión en relación con el carácter étnico del Cabildo Muisca Chibcha de Tunja, al que pertenece la comunidad muisca chibcha de Cómbita.

La Sala observa que el Cabildo Muisca Chibcha de Tunja no satisface los criterios (subjetivos y objetivos) usualmente empleados para identificar una comunidad indígena. El ICANH manifiesta no tener información en relación con este grupo indígena; la comunidad no aportó pruebas en relación con su conexión con un territorio ancestral o un resguardo en particular, o su descendencia directa de pueblos indígenas originarios, ni la presencia pacífica y duradera en el tiempo, apropiada por sus miembros, ni de instituciones jurídicas tradicionales que lleven a establecer una diferencia marcada con la sociedad mayoritaria. Adicionalmente, según las pruebas presentadas por el gobernador del Cabildo, este grupo se encuentra en proceso de construir un censo que asegure que las personas que pretenden hacer parte de la comunidad se auto reconozcan como indígenas muisca.

A pesar de lo anterior, la comunidad sí se auto reconoce como indígena descendiente de los

muisca, aun cuando acepta que apenas se encuentra en un proceso de reconfiguración de esta identidad. Para sustentar esta afirmación acreditan su organización política como cabildo, muestran la identificación indígena de sus gobernantes y de la comunidad en los documentos que aportan e incluso refieren algunos estudios iniciales en relación con la comunidad. El gobernador Rodrigo Niño probó también a lo largo del proceso que el Cabildo Mayor ha posesionado sus autoridades durante los últimos tres años ante el Alcalde de la ciudad; y que ha recibido la invitación a participar en su condición de minoría étnica en diferentes instancias de participación a nivel local y departamental, así como el aval de otros pueblos indígenas muisca y U'wa.

Estos elementos suscitan una duda razonable en relación con si estamos o no en presencia de una comunidad indígena. Debe por tanto la Sala acudir a los criterios previstos previamente en esta sentencia para los pueblos en proceso de reindianización (ver supra 2.11 en adelante), de suerte que pueda establecerse si el Cabildo Muisca Chibcha de Tunja es susceptible de protección en razón de su diversidad étnica y cultural para efectos de que uno de sus miembros sea exonerado del servicio militar obligatorio.

3.5 El Pueblo Muisca Chibcha de Tunja se encuentra en un proceso de reconstrucción étnica.

De acuerdo con el Atlas para la Jurisdicción Especial de los pueblos indígenas del Consejo Superior de la Judicatura, el pueblo indígena Muisca se localizó en el altiplano de Cundinamarca y de Boyacá desde tiempo prehispánicos. “En el siglo XVI, en el momento de la llegada de los europeos, se calcula que los habitantes de este pueblo eran casi un millón de habitantes organizados en 56 tribus, gobernadas por dos caciques (Giraldo, 1986). Los muisca cultivaban maíz, papa, ahuyama, frijoles y frutas. Fabricaban en barro sus propias ollas, tejían sus trajes de algodón blanco, elaboraban piezas de orfebrería (Giraldo, 1986)”⁴⁵.

Sin embargo, durante el proceso de colonización española sufrieron una enorme pérdida en términos de sus miembros, que prácticamente fueron exterminados; sus ritos y ceremonias fueron atacadas con ímpetu hasta finales del siglo XVII e inicios del XVIII, y su lengua -la chibcha- entró en desuso en gran parte debido a la prohibición de hablar lenguas nativas, emitida en una Cédula Real en 1770, al punto que en el actualidad no hay ningún hablante

chibcha, excepto por la variante del chibcha que se conserva en el pueblo U'wa o Tunebos⁴⁶.

Esta realidad histórica corroborada por las autoridades estatales y tradicionales consultadas lleva a la Sala a concluir que los descendientes directos de los pueblos muisca que habitaban en el plano cundiboyacense fueron prácticamente exterminados como cultura a consecuencia de la colonización española. Es por ello que, el ICANH manifestó que sus investigaciones actuales sobre los muisca se reducen a estudios históricos y arqueológicos. Sin embargo, las pruebas recaudadas también revelan que varias comunidades han logrado reconstruir algunos aspectos de los pueblos muisca, así como la recuperación de algunas tierras y tradiciones ancestrales, obteniendo el reconocimiento pleno por parte de otras comunidades indígenas y del Estado.

Así, la Dirección de Asuntos Indígenas sostuvo que actualmente están registradas las comunidades muisca de Suba y de Bosa en Bogotá, y las comunidades muisca de Chía, Cota y Sesquilé. Además, el censo del DANE del 2005 reportó 14.051 personas auto reconocidas como pertenecientes al pueblo muisca, algunas de ellas ubicadas en el Departamento de Boyacá⁴⁷. La existencia de estos otros cabildos muisca reconocidos ampliamente y que ostentan hoy en día elementos objetivos y subjetivos suficientes para su identificación como indígenas más allá de toda duda es indicativa de que sí se adelantan procesos de reconstrucción étnica de lo muisca en la actualidad en zonas urbanas, y sustenta el dicho del pueblo muisca chibcha de Tunja que sostiene que es este el proceso de su comunidad.

Pero, lo que es más importante, la Sala advierte que el Cabildo al que pertenece al accionante efectivamente está en un proceso de reconstrucción parecido en algunos aspectos a los de otros pueblos muisca. En efecto, una mirada a las comunidades de Suba y Bosa, permite advertir que ellas comenzaron un proceso de reconstrucción de la etnia muisca a finales de los años 90, valiéndose de estrategias similares a las practicadas por el pueblo al que pertenece al accionante, tales como la posesión del Cabildo ante el Alcalde y el reconocimiento espiritual y material de otros pueblos indígenas⁴⁸. Por esta vía, los pueblos muisca de Suba y Bosa lograron un proceso de consolidación importante que les ha merecido el reconocimiento como comunidad étnica.

3.6 No hay razones para concluir que el proceso del Pueblo Muisca Chibcha de Tunja se

adelanta de mala fe o con abuso del derecho.

Luego de indagado el Ministerio del Interior y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, valoradas las pruebas aportadas por el gobernador del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja, y revisados otros documentos referidos por los intervinientes en este proceso en relación con esta organización, la Sala no encuentra razones que le lleven a considerar que el proceso del Cabildo al que pertenece el accionante atenta contra el principio de buena fe, o que actúa con la intención de apropiarse indebidamente de los recursos del Estado, o de abusar de los derechos de los pueblos indígenas.

Por supuesto, el solo hecho de hallarse en una frontera étnica no puede ser considerado razón para desvirtuar el principio de buena fe, amparado por la Constitución Nacional. Por el contrario, la posesión que hace el Cabildo de sus gobernantes ante la Alcaldía de Tunja y el reconocimiento que de su condición indígena han hecho otras comunidades, junto con invitaciones a debatir asuntos relativos al destino de los pueblos indígenas en Colombia, sugiere a esta Sala que se trata de un proceso serio de reconstrucción étnica que no tiene fines de defraudación.

3.7 El deber constitucional de prestar servicio militar debe ceder frente al imperativo de protección y garantía de la supervivencia de la cultura indígena muisca.

Se precisó en las consideraciones previas de esta providencia (ver supra 2.16) que, aun si se establece que una comunidad en proceso de reetnización o reindianización se auto identifica como indígena; lleva a cabo un verdadero proceso de reconstrucción étnica; y lo hace de buena fe, sin la intención de hacer abuso del derecho, es necesario revisar el peso de los demás principios que se encuentran en juego, a fin de establecer si su protección no reviste una importancia en tal grado superior, que sea necesario restringir el reconocimiento de la diversidad étnica de la comunidad ubicada en la frontera étnica.

En este caso, la Sala encuentra que el deber constitucional de prestar servicio militar que asiste en principio a todos los hombres que cumplen la mayoría de edad ha sido expresamente considerado en la Constitución como un mandato sujeto a excepciones legales, entre las que se encuentran, por virtud de la Ley 48 de 1993, la exoneración de los indígenas. Esto significa que, en abstracto, no atenta contra la naturaleza del deber de prestar servicio militar obligatorio el establecimiento de excepciones por razones

etnoculturales.

Adicionalmente, tal como se explicó más arriba (ver supra 1), la principal razón por la cual el legislador ha decidido eximir a los indígenas del deber de prestar servicio militar consiste en que la ausencia física de un integrante de una comunidad indígena puede desestabilizar a la comunidad misma, de suerte que la exoneración es un mecanismo de protección de la existencia misma de la comunidad étnica a la que pertenece el candidato, así como de la supervivencia de su cultura.

Para esta Sala, si lo anterior se predica de manera general de todas las comunidades indígenas, esto debe hacerse aún más en relación con el Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja. Sustraer durante un año a uno de sus miembros, al inicio de este proceso de reconstrucción de la identidad étnica muisca de la colectividad y de cada uno de los individuos que la componen, aun cuando ha quedado comprobado que existen buenas razones para conceder protección a la diversidad étnica reivindicada por el Cabildo constituye una amenaza a su derecho a la identidad étnica, en tanto que le resta miembros importantes a la comunidad para dicho proceso de reconstrucción de lo muisca.

La ausencia de exoneración del accionante, amenaza así con negar el derecho individual y comunitario de la Comunidad Muisca Chibcha de Cómbita, perteneciente al Cabildo Mayor de Tunja, “a formar parte de un determinado patrimonio cultural tangible o intangible y de no ser forzado a pertenecer a uno diferente o a ser asimilado por uno distinto”⁴⁹.

Atendiendo a todas las razones expuestas, la Sala concluye que Víctor Julio Tocarruncho, miembro de la Comunidad Muisca Chibcha de Cómbita, que pertenece al Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja, y estas comunidades, tienen derecho al reconocimiento de su identidad étnica y, en virtud de ello, Víctor Julio Tocarruncho tiene derecho a ser exonerado de la prestación del servicio militar obligatorio, tal como lo establece el literal b) del artículo 27 de la Ley 48 de 1993.

De conformidad con ello, la Sala revocará la decisión proferida por el Juzgado Segundo de Familia de Tunja que negó el amparo promovido por Víctor Julio Tocarruncho y, en su lugar, le concederá el derecho al reconocimiento de la identidad étnica como miembro de la comunidad muisca chibcha de Cómbita. En consecuencia, ordenará al Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar No. 7 de Tunja que, en el término de cinco

días contados a partir de la notificación de esta providencia, declare la exoneración del accionante frente al deber de prestar servicio militar y tramite los documentos relativos a la definición de la situación militar, sin cobro alguno por concepto de cuota de compensación militar.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 3 de mayo de 2012 por el Juzgado Segundo de Familia de Tunja en el que se negó el amparo promovido por Víctor Julio Tocarruncho Umba y, en su lugar, CONCEDER el amparo del accionante de su derecho a la identidad étnica, por ser parte del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja y, en razón de lo anterior, la exoneración de la prestación del servicio militar obligatorio.

Segundo.- ORDENAR al Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar Número 7 de Tunja que, en el término de cinco (5) días contados a partir de la notificación de esta providencia, aplique el literal b) del artículo 27 de la Ley 48 de 1993 a Víctor Julio Tocarruncho Umba, en razón de su pertenencia al Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tunja y, en consecuencia, tramite dentro del mismo término los documentos relativos a la definición de la situación militar del accionante sin exigir el pago de la cuota de compensación militar.

Tercero.- Por Secretaría General LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrado

Con aclaración de voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria

ACLARACION DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA T-792/12

CONDICION INDIGENA-Su demostración debe darse a partir de la identidad cultural real de la persona indígena/CONDICION INDIGENA-No dependen de un certificado estatal (Aclaración de voto)

Si las certificaciones estatales no pueden determinar cuándo una comunidad es indígena, ¿por qué la Corte se reconoce competente para ello? Mi respuesta es la siguiente: la tutela no sirve para que la Corte señale, fuera de cualquier caso contencioso, si una comunidad o una persona tienen identidad indígena. Sin embargo, cuando una comunidad o una persona se auto reconocen como indígenas y es razonable aceptar este acto, y en tal virtud pretenden un trato particular de las autoridades estatales, este trato no puede negárseles sobre la base de que no son indígenas. En ese caso habría una violación de su derecho a la autonomía, y la sentencia que aclaro tiene esa dirección.

Referencia: Expediente T-3491933

Acción de tutela instaurada por Víctor Julio Tocarruncho Umba contra el Comandante de la Primera Zona de Reclutamiento - Distrito Militar Número 7 de Tunja.

Magistrado Ponente:

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Con el debido respeto por las decisiones de la Sala, aclaro mi voto frente a la sentencia T-792 de 2012, sobre los criterios para definir la identidad indígena de la comunidad a la cual pertenece el tutelante, me parece importante poner de presente dos cosas.

La Corte ha sostenido en varias oportunidades que la identidad indígena de una persona o una comunidad no dependen de un certificado estatal. Este certificado puede contribuir a probar la identidad indígena de un individuo o de un pueblo, pero no puede ser el único criterio, ni tampoco el más importante. El certificado lo que hace es registrar algo que ya existe: declara que hay una comunidad indígena o que una persona es indígena, pero no hace que esa comunidad o ese individuo se convierta en tales. En ese punto, es útil tener en cuenta la sentencia T-703 de 2008.⁵⁰ La Corte decidía si a una persona podía serle rechazada su aspiración de acceder a un cupo especial universitario para miembros de comunidades indígenas, bajo el argumento de que no pertenecía a ningún pueblo indígena porque no se encontraba registrado en el censo que de esa población lleva el Gobierno Nacional. La Corte consideró que a una certificación estatal no puede atribuírsele el poder de constituir la identidad étnica o cultural de un sujeto ni, por tanto, su pertenencia a una comunidad diversa, pues eso violaría el derecho de las comunidades a autogobernarse y el de sus miembros -eventualmente- a la identidad. En específico, expresó:

“[e]n el contexto de las anteriores consideraciones, el censo de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia puede servir como mecanismo válido de verificación de la condición indígena de sujetos particulares.⁵¹ No obstante, esto no implica que represente un instrumento constitutivo de la misma y, en dicho orden, que sea la prueba determinante para la acreditación de la condición de indígena perteneciente a cierta comunidad. De lo contrario, se desconocería el principio de autonomía de los pueblos indígenas -el cual comprende el derecho de la comunidad a autoidentificarse-, se generaría una intromisión del Estado en la conformación misma de la comunidad indígena y podría contrariarse, en casos concretos, la identidad cultural real de un indígena”.

Ahora bien, esto podría llevarla a preguntarse si la Corte Constitucional puede definir, como parece que lo hace esta sentencia, cuándo una comunidad es indígena o no. En efecto, si las certificaciones estatales no pueden determinar cuándo una comunidad es indígena, ¿por qué

la Corte se reconoce competente para ello? Mi respuesta es la siguiente: la tutela no sirve para que la Corte señale, fuera de cualquier caso contencioso, si una comunidad o una persona tienen identidad indígena. Sin embargo, cuando una comunidad o una persona se auto reconocen como indígenas y es razonable aceptar este acto, y en tal virtud pretenden un trato particular de las autoridades estatales, este trato no puede negárseles sobre la base de que no son indígenas. En ese caso habría una violación de su derecho a la autonomía, y la sentencia que aclaro tiene esa dirección.

Podría pensarse que esa posición es contraria a la sostenida en la sentencia T-047 de 2011, en la cual la Sala Primera de Revisión sostuvo que esta Corte no podía establecer si unas personas pertenecían a una comunidad afro descendiente, pero en realidad no lo es. En dicho fallo, lo que se dijo fue que “la intervención del juez constitucional se justifica es precisamente allí donde considere que hay una interferencia en la autonomía de las comunidades para definir los criterios de pertenencia de una persona a las mismas, y que ello incide en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución”. En ese caso, se considero que no había tal interferencia. Por lo mismo, se dijo:

“la Corte no advierte que antes de instaurar el amparo la administración pública hubiera rechazado considerar a los demandantes como miembros de una comunidad afro colombiana. Tampoco percibe que, antes de interponer la acción de tutela, los peticionarios hubieran reivindicado un criterio autónomo de reconocimiento y que las autoridades públicas demandadas lo hubieran despreciado. No hay, en específico, ningún indicio de que se hubiera interferido en el derecho de la comunidad al autogobierno, ni en el de los actores a su identidad. Por tanto, no existen razones que habiliten la intervención del juez de tutela en ese punto”.

Por ser casos en los que los presupuestos fácticos contienen diferencias importantes las posiciones no comportan contradicción alguna.

En estos términos dejo expresada mi aclaración.

Fecha ut supra,

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

1 Al respecto presenta la certificación expedida por el Rector y Secretario de la Institución Educativa Integrado de Cómbita, en la que consta que Victor Julio Tocarruncho “se encuentra MATRICULADO al CICLO V del Servicio de Educación para Jóvenes y Adultos para el año 2012”. Fl. 51 Cuaderno 1.

2 Para sustentar esta afirmación aporta copia del acta de Posesión del Cabildo Mayor Muisca Chibcha de Tchunza ante el Alcalde de Tunja, Fernando Flórez Espinosa, suscrita el 29 de febrero de 2012. Fl. 4-8 Cuaderno 1.

3 Fl- 32-35 Cuaderno 1.

4 Declaración rendida por el accionante ante el Juzgado Segundo de Familia, el 2 de mayo de 2012.

5 Fl. 22 Cuaderno 1.

6 Rodríguez, José V (2011) Los chibchas: hijos del sol, la luna y los Andes. Orígenes de su diversidad. Bogotá: Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) y Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Ciencias Humanas.

7 Gómez Montañez, Pablo Felipe (2009) Los Chyquys de la Nación Muisca Chibcha: Espiritualidad, re-significación y memoria. Bogotá: CESO. Ediciones Uniandes.

8 Al respecto ver las sentencias C-058/94 M.P Alejandro Martínez Caballero, C-561/95 M.P José Gregorio Hernández Galindo, y C-728/09 M.P Gabriel Mendoza Martelo.

9 Art. 29 Ley 48/93: “Son causales de aplazamiento para la prestación del servicio militar por el tiempo que subsistan, las siguientes: a. Ser hermano de quien esté prestando servicio militar obligatorio.// b. Encontrarse detenido preventivamente por las autoridades civiles en la época en que deba ser incorporado.// c. Resultar inhábil relativo temporal, en cuyo caso queda pendiente de un nuevo reconocimiento hasta la próxima incorporación. Si subsistiere la inhabilidad, se clasificará para el pago de la cuota de compensación militar. // d. Haber

sido aceptado o estar cursando estudios en establecimientos reconocidos por las autoridades eclesiásticas como centros de preparación de la carrera sacerdotal o de la vida religiosa. // e) El aspirante a ingresar a las escuelas de formación de Oficiales, Suboficiales y Agentes. // f) El inscrito que esté cursando el último año de enseñanza media y no obtuviere el título de bachiller por pérdida del año. // g) El concripto que reclame alguna exención al tenor del Artículo 19 de la presente Ley”.

10 De otra parte, la Ley exige, solo en tiempos de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar, a quienes acrediten estar en alguna de las siguientes situaciones: “a. Los clérigos y religiosos de acuerdo a los convenios concordatarios vigentes. Así mismo los similares jerárquicos de otras religiones o iglesias, dedicados permanentemente a su culto. // b. Los que hubieren sido condenados a penas que tengan como accesorias la pérdida de los derechos políticos mientras no obtengan su rehabilitación. // c. El hijo único, hombre o mujer. // d. El huérfano de padre o madre que atienda con su trabajo a la subsistencia de sus hermanos incapaces de ganarse el sustento. // e. El hijo de padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, cuando éstos carezcan de renta, pensión o medios de subsistencia, siempre que dicho hijo vele por ellos. // f. El hermano o hijo de quien haya muerto o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate, en actos del servicio o como consecuencia del mismo, durante la prestación del servicio militar obligatorio, a menos, que siendo apto, voluntariamente quiera prestarlo. // g. Los casados que hagan vida conyugal. // h. Los inhábiles relativos y permanentes. // i. Los hijos de oficiales, suboficiales, agentes y civiles de la Fuerza Pública que hayan fallecido o adquirido una inhabilidad absoluta y permanente en combate o en actos del servicio y por causas inherentes al mismo, a menos, que siendo aptos, voluntariamente quieran prestarlo”. Para la comprensión de estas causales es preciso tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia C-755/08 M.P Nilson Pinilla Pinilla.

11 C-728/09 M.P Gabriel Eduardo Mendoza.

13 En apoyo de esta concepción ver, entre otras, las sentencias T-945 de 2007 M.P Rodrigo Escobar Gil y T-1094/04 M.P Manuel José Cepeda.

14 Sobre el ámbito penal ver, entre otras, la sentencia C-370/02 (M.P Eduardo Montealegre Lynett). En el ámbito educativo, ver la sentencia T-703/08 (M.P Manuel José Cepeda), y en el

ámbito de la representación política la sentencia T-778/05 (M.P Manuel José Cepeda).

15 T-703/08 M.P Manuel José Cepeda.

16 Ibídem.

17 Ibídem.

18 T-113/09 M.P Clara Elena Reales.

19 Ibídem.

20 Ibídem.

21 Título II Capítulo II de la Ley 48 de 1993.

22 C-511/94 M.P Fabio Morón Díaz.

23 Las condiciones de este diálogo están previstas en la sentencia T-113/09 M.P Clara Elena Reales.

24 Artículos 1, 7 y 70 C.N.

25 Ver las sentencias T-601/11 (M.P Jorge Iván Palacio Palacio); T-282/11 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva); T-514/09 (M.P Luis Ernesto Vargas Silva); SU-510/98 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-380/93 (M.P Eduardo Cifuentes Muñoz)

26 El artículo 8 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas establece: "1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. // 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida

contra ellos”.

27 T-973/09 M.P Mauricio González.

28 T-703/08 M.P Manuel José Cepeda.

29 Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, (2006). CEACR 76ª Sesión. Observación Colombia.

30 Preámbulo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

31 CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y Jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA, Documentos oficiales. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09.

32 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37.

33 Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37.

34 Op.cit 28.

35 T-282/11 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

36 T-703/08 M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

37 Laurent, V (2005) Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Movilizaciones, campos de acción e impactos. Bogotá: ICANH - IFEA. p. 50

38 Chaves y Zambrano (2009) Desafíos de la nación multicultural. Una mirada comparativa sobre la reindianización y el mestizaje en Colombia. En Carmen Martínez Novo (ed) Repensando los movimientos indígenas. Quito: FLACSO Ecuador.

39 Reichel Dolmatoff, Gerardo y Alicia (1970) The people of Aritama: the cultural personality

of a Colombian mestizo village. Londres: Routledge & Kegan Paul.

40 Gros, Christian (1999) Ser diferente por (para) ser moderno o las paradojas de la identidad En Revista Análisis Político, 36; López Rodríguez, Mercedes. Los resguardos muisca y raizales de la sabana de Bogotá: espacios sociales de construcción de la memoria. En Ana María Gómez (ed). Muisca. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana. pp. 332- 348.

41 Gros, C. op. cit

42 Sobre este punto ver la sentencia T-514/09 M.P Luis Ernesto Vargas Silva.

43 Jimeno, Myriam (2002). Etnicidad, identidad y pueblos indios en Colombia. Ponencia al Simposio Identidad en América Latina. CLACSO/FLACSO de Brasil, Brasilia, Diciembre 7-12, 1.992

44 Alexy, Robert. (1993) Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Editorial Centro de Estudios Constitucionales de Madrid.

45 Consejo Superior de la Judicatura. Junio de 2010. Atlas para la Jurisdicción Especial de los pueblos indígenas. Las citas corresponden al texto de Giraldo de Puech, María de la Luz. (1986). Así éramos los Muisca. Bogotá, Banco de la República.

46 Ibídem. Ver también Gómez Londoño, Ana María (ed). (2005) Muisca: representaciones, cartografías y etnopolíticas de la memoria. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana y Rodríguez, José Vicente (ed) (2001) Los chibcha: adaptación y diversidad de los Andes orientales de Colombia. Bogotá: Departamento de Antropología Universidad Nacional de Colombia, citado en la respuesta dada por el ICANH a la solicitud de esta Corte.

47 Censo Nacional DANE. 2005.

48 Chaves y Zambrano, op. cit.

49 T-601 de 2011 M.P Jorge Iván Palacio Palacio.

50 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

51 De conformidad con el artículo 19 del Decreto 2546 de 1999, las autoridades públicas

están en la obligación de llevar un registro y control sobre las comunidades indígenas.