

Sentencia T-903-09

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Marco normativo

PRINCIPIOS-DERECHOS DE DIVERSIDAD CULTURAL E INTEGRIDAD ETNICA-Alcance y contenido

DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA-Finalidad

DERECHO A LA AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA- Finalidad

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Criterios de solución de conflictos

PRINCIPIO DE MAXIMIZACION DE LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE MAYOR AUTONOMIA PARA LA DECISION DE CONFLICTOS INTERNOS-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO A MAYOR CONSERVACION DE LA IDENTIDAD CULTURAL, MAYOR AUTONOMIA-Alcance

DERECHO A LA AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites y ámbitos de aplicación

Los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades. En ese plano, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o

transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos. Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”.

FUERO INDIGENA-Reiteración de jurisprudencia

FUERO INDIGENA-Factor personal y territorial

COMUNIDAD INDIGENA-Controversias surgidas por la posesión de un bien

COMUNIDAD INDIGENA-Facultad para fallar sobre criterio de equidad

Debe discernirse si las autoridades indígenas poseen facultades para fallar sobre la base de criterios de equidad, o si ello desconoce el referido principio de legalidad o previsibilidad de las actuaciones de la Jurisdicción Especial Indígena. Para ilustrar la razón por la cual un fallo en equidad podría generar desconfianza en conflictos como que se analiza, resulta útil mencionar que, en el marco del orden jurídico mayoritario, la equidad, es fuente auxiliar de derecho (artículo 230, C.P.), así que su utilización por parte de los jueces nacionales, es permitida siempre que no vaya en contra de lo previsto por las leyes o, como pauta de interpretación de normas positivas. De lo expresado por las partes, tal como se reseña en el párrafo precedente, se puede inferir que la equidad no es ajena al derecho kankuamo. Esta consideración no tiene el alcance de establecer un requisito argumentativo formal en cabeza del o la peticionaria en un caso determinado. Simplemente, significa que la decisión de una autoridad indígena previamente constituida y competente, se presume ajustada a derecho, en virtud del respeto por la autonomía de las comunidades étnicas, salvo que los afectados la cuestionen en sede de tutela, pues no corresponde a las autoridades jurisdiccionales nacionales (incluida esta Corte) desconocer oficiosamente esas decisiones.

DEBIDO PROCESO-Valoración de pruebas sobre la titularidad del inmueble en disputa dentro del territorio kankuamo

DEBIDO PROCESO-Los titulares del bien no solicitaron el deslinde del predio en el proceso de delimitación de los territorios colectivos del resguardo kankuamo/ DEBIDO PROCESO-AI no solicitarse el deslinde del predio, las decisiones sobre el usufructo de mejoras o tenencia de parcelas, queda sometido a la normatividad interna del resguardo

La disputa sobre el derecho de propiedad de una parte del territorio indígena se opone a los artículos 63 y 229 de la Constitución; y la adjudicación de mejoras, o concesión de usufructo sobre predios o terrenos de la comunidad debe someterse a la regulación interna. El hecho que ninguno de los presuntos titulares del bien haya participado en el procedimiento de deslinde de predios de propiedad privada del territorio colectivo adelantado por el Incora en 2003, implica que las decisiones sobre el usufructo de mejoras, o tenencia de parcelas, está sometido a la normatividad interna del resguardo. Esto implica, finalmente, que la controversia probatoria planteada por la accionante tenga poca incidencia en la decisión del Consejo Mayor.

DERECHO DE PETICION- La solicitud de la peticionaria fue resuelta por el Cabildo Gobernador

La Sala no encuentra vulneración alguna al derecho de petición, pues la solicitud presentada por la peticionaria fue resuelta por el Cabildo Gobernador, quien le informó que no puede pronunciarse sobre aspectos de la decisión adoptada por el Consejo de Mayores. El sentido material de la respuesta es, entonces, el de informar a la peticionaria sobre la inexistencia de recursos internos, para controvertir las decisiones del órgano de la comunidad mencionado. Si se toma en cuenta que las preguntas de la peticionaria tienen como objeto controvertir una decisión adoptada por un órgano determinado de la comunidad, en ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena es claro que la respuesta del Cabildo Gobernador es suficiente, pues da cuenta del carácter definitivo de la decisión adoptada por el Consejo de Mayores.

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Separación de la peticionaria del cargo de coordinadora del grupo de mujeres de la Oik como sanción por no obedecer la decisión del Consejo de Mayores/DERECHO A LA ESTABILIDAD

LABORAL REFORZADA DE MUJER EMBARAZADA-Solicitud de la peticionaria para reintegrarla al cargo de coordinadora del grupo de mujeres de la Oik

Alegó la accionante que el Cabildo Gobernador desconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia, al ordenar que no fuera reincorporada al ejercicio de funciones como coordinadora del grupo de mujeres de la OIK. Encuentra la Sala que, si bien tiene el argumento del Cabildo Gobernador, en el sentido de que no resulta viable equiparar el ejercicio de una labor comunitaria a un vínculo laboral como lo pretende la accionante es razonable, ello no implica que la decisión se encuentre justificada. El ejercicio del papel de coordinadora del grupo de mujeres tiene una importante connotación social dentro del Pueblo Kankuamo, y la separación de la accionante de esa posición tuvo carácter sancionatorio. Esa decisión, sin embargo y a diferencia de lo ocurrido en el trámite surtido para definir la posesión del tantas veces referido bien inmueble, al adoptar esa determinación no se permitió la participación de la afectada, ni el ejercicio del derecho a la defensa, en el marco de los procedimientos internos. Además de ello, no se permitió la participación del grupo de mujeres para la adopción de la determinación referido, pese a que la decisión puede afectar directamente su funcionamiento. A pesar de lo expuesto en el párrafo precedente, la coordinación del grupo de mujeres (o de artesanas) es ejercida actualmente por una encargada, o bien, por una mujer elegida por el referido grupo de mujeres. Por ello, debe descartarse la posibilidad de ordenar que la accionante sea reincorporada al ejercicio de tales funciones, pues ello podría afectar derechos de terceros no vinculados a este proceso. La Sala ordenará que, en la próxima reunión de las autoridades competentes (Consejo de Mayores o Cabildo Mayor, de conformidad con lo que disponga la normatividad interna), se someta a un estudio interno de la comunidad la permanencia de la peticionaria como coordinadora del grupo de mujeres, garantizando que la peticionaria sea oída por las autoridades indígenas, y que se tome en cuenta la posición del grupo de mujeres, o de artesanas.

Referencia: expediente T-2.352.993

Acción de tutela de Indira Milena Mendiola Montero contra el Consejo de Mayores, y el Cabildo Gobernador de la Organización Indígena Kankuama, señor Jaime Enrique Arias Arias.

Magistrado Ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., cuatro (4) de diciembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, Mauricio González Cuervo y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión del fallo adoptado sobre el asunto de la referencia por el Juzgado Cuarto Civil Municipal del Distrito Judicial de Valledupar, Cesar, el cuatro (04) de marzo de dos mil ocho (2009), en primera instancia, y el Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, el treinta (30) de junio de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

Indira Milena Mendiola Montero, ciudadana colombiana y miembro de la comunidad indígena kankuama, organizada como Resguardo en el municipio de Valledupar, Cesar, interpuso acción de tutela contra el Cabildo Gobernador de la comunidad, Jaime Enrique Arias, y el Consejo de Mayores de la Organización Indígena Kankuama, con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso, a elevar peticiones respetuosas, y a la estabilidad laboral reforzada. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda¹:

a. Del proceso adelantado por la Organización Indígena Kankuama, para resolver el conflicto entre las señoras Indira Mendiola Mendieta y Mercedes Daza Luque, por la propiedad o posesión de un bien inmueble ubicado en el municipio de Atánquez.

1. La peticionaria afirma ser propietaria de un bien inmueble ubicado en el corregimiento

de Atánquez, jurisdicción del Municipio de Valledupar, que adquirió de su padre, a título de donación, o dación en pago de 50 cabezas de ganado entregadas por Indira a su padre, con el respaldo de un título valor -letra de cambio-, como consta a varias personas mayores de la comunidad.²

El veintiséis (26) de mayo de dos mil seis (2006) “fue autenticado ante el Inspector de Policía del Corregimiento de Atánquez el documento privado constituyéndose éste en la escritura que me acredita como única propietaria de este bien”. (Demanda de tutela; Fl. 1).

2. La peticionaria adelantó un trámite policivo para el lanzamiento del señor Otoniel Torres, un tercero que se encontraba habitando el inmueble, en febrero de 2006. El Alcalde del Municipio de Valledupar tramitó la querrela, decretó el lanzamiento, y comisionó al Inspector de Policía de Valledupar para llevarla a cabo. La diligencia tuvo lugar con presencia de la Personería municipal, el Inspector del corregimiento de Atánquez, el Cabildo menor de la comunidad Nevid Carrillo, y el teniente de policía Santos Carvajal Rodríguez.

3. La señora María Mercedes Daza Luque, junto con sus hijos, elevó una queja ante las autoridades del resguardo para reclamar la propiedad o posesión del bien inmueble mencionado, manifestando que siempre vivieron en él, pero sin aportar sustento documental del hecho.

4. Mediante resolución 002 de cinco (5) de abril de dos mil cinco (2008), las autoridades tradicionales del resguardo decidieron el conflicto mencionado. El Consejo Mayor dio por acreditado que el propietario del bien inmueble era el -hoy difunto- Gonzalo Mendiola Acosta; sin embargo, desconociendo el derecho de la accionante, decidió adjudicar el 50% del bien a la señora Daza Luque y el 50% restante a la peticionaria. La accionante apeló la decisión, pero las autoridades accionadas se negaron a conceder el recurso.

5. A raíz de lo expuesto, Indira Mendiola Montero dirigió derecho de petición al Cabildo Gobernador, Jaime Enrique Arias Arias, el dieciséis (16) de septiembre de dos mil ocho (2008) solicitándole respuesta a varios interrogantes relacionados con la resolución 002 de cinco (5) de abril de dos mil ocho (2008). El cinco (5) de noviembre de dos mil ocho (2008), el Cabildo Gobernador respondió la petición informándole que no tenía

competencia para resolver inquietudes sobre una resolución adoptada por unanimidad por los miembros del Consejo de Mayores.

b. Argumentos jurídicos esgrimidos por la peticionaria, en contra de la decisión adoptada por el Consejo de Mayores de la Organización Indígena Kankuama.

5. Violación del derecho constitucional de propiedad, en relación con el debido proceso:

En el municipio de Atánquez, actualmente, rigen de forma simultánea dos formas para adquirir y acreditar la propiedad de un bien. Por una parte, es costumbre que la transferencia de la propiedad se realice mediante documento privado, que posteriormente se eleva a escritura pública, por autenticación del Corregidor, quien ejerce funciones de Notario. Por otra parte, desde el año 2003, y a partir del reconocimiento del Resguardo Kankuamo por el Estado (resolución 012 de 2003, del Incora), las autoridades tradicionales comenzaron a asumir el proceso de legalización de los documentos referidos.

La peticionaria autenticó el documento privado en el que consta la donación del bien cuya titularidad se encuentra en controversia, y adelantó un procedimiento policivo para recuperar la tenencia del bien que se encontraba habitado por un tercero. El lanzamiento se adelantó satisfactoriamente, pero las autoridades indígenas pretenden ahora desalojarla a ella de la vivienda mencionada.

Esta actuación constituye una violación a los derechos constitucionales a la propiedad y el debido proceso, puesto que (i) desconoce las actuaciones administrativas adelantadas por la Alcaldía de Valledupar y el Inspector de Policía del corregimiento de Atánquez; (ii) la decisión se adoptó sin valorar las pruebas allegadas por la accionante, o mediante una valoración inadecuada de las mismas; y, (iii) el rechazo injustificado del recurso de apelación interpuesto por la señora Mendiola Montero supone un desconocimiento al principio de doble instancia, consustancial al debido proceso.

6. Violación al derecho fundamental de petición.

La peticionaria presentó una serie de inquietudes al Cabildo Gobernador sobre el fallo de primera instancia, relativas a la ausencia de valoración probatoria, el rechazo

del recurso de apelación, y la negativa de la comunidad de remitir el proceso a la jurisdicción ordinaria, en donde existen medios técnicos para determinar la veracidad del material probatorio aportado por ella al proceso.

El Cabildo Gobernador se limitó a responder que no tiene competencia para pronunciarse sobre una decisión adoptada por el Consejo de Mayores. Esta actuación constituye una violación al derecho de petición, pues (i) no es una respuesta de fondo; (ii) si un funcionario recibe un derecho de petición y considera que carece de competencia para resolverlo, es su deber remitirlo a la autoridad que considere competente para hacerlo; y, (iii) el Cabildo Gobernador desconoció su calidad de Representante Legal del Resguardo.

7. Violación al derecho fundamental a la estabilidad laboral embarazada.

Las autoridades indígenas accionadas, en retaliación a la negativa de Indira Mendiola Mendiata de acatar la decisión del Consejo de Mayores, decidieron no reincorporarla al cargo de Coordinadora de Mujeres del Resguardo al culminar su licencia de maternidad, desconociendo la estabilidad laboral de la mujer en estado de embarazo y/o lactancia.

c. Solicitudes elevadas al juez de tutela.

8. En atención a los hechos y argumentos expuestos, la accionante solicitó al juez de tutela el amparo a los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por el Consejo Mayor y el Cabildo Gobernador de la Organización Indígena Kankuama y, en consecuencia, ordenar al Cabildo Gobernador y el Consejo de Mayores: (i) dar respuesta definitiva al derecho de petición mencionado previamente; (ii) reconocer el acto administrativo emanado por el municipio de Valledupar que la acredita como propietaria del bien inmueble en disputa; (iii) valorar las pruebas presentadas por la accionante; (iv) no adoptar decisiones que se encuentran en oposición a la Ley y la Constitución Política en el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena; y (v) no imponer sanciones a los miembros de la comunidad por perseguir la protección de sus derechos ante las instancias que consideren pertinentes.

Intervención de las autoridades indígenas accionadas

9. El señor Cabildo Gobernador de la Organización Indígena Kankuama, Jaime Enrique

Arias Arias, intervino en el trámite de la primera instancia, solicitando denegar el amparo invocado, con base en los siguientes argumentos:

9.1. Los pueblos indígenas, autoridades, cabildos, resguardos y territorios son entidades públicas de carácter especial que ejercen funciones públicas administrativas, legislativas y jurisdiccionales, en virtud del reconocimiento que hace la Carta Política del pluralismo jurídico, en el marco de tres sistemas jurídicos diferentes y complementarios: los sistemas jurídicos propios de cada comunidad, la Legislación Especial para Pueblos indígenas, compuesta por los convenios y tratados ratificados por el Estado sobre derechos de grupos étnicos; las normas constitucionales y legales que establecen los derechos y garantías propios de los pueblos indígenas; y la legislación indígena nacional, integrada por normas sobre identidad, derechos territoriales y medio ambiente, autonomía, participación y consulta previa de las comunidades indígenas, - entre otros temas-, la cual debe aplicarse de forma preferente sobre la legislación general de la república por su carácter especial, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 89 de 1890, y el artículo 5º de la Ley 57 de 1887.

9.2. La demandante conoce la existencia y vigencia de la ley de origen, usos y costumbres, y procedimientos del pueblo kankuamo, pues ha participado en el proceso de reconocimiento y defensa de los derechos de las mujeres kankuamas.

En ese sentido, de acuerdo con los lineamientos del III Congreso del Pueblo Kankuamo, en aplicación de la ley de origen, el máximo órgano de gobierno es el Consejo General de Mayores, que ejerce la segunda instancia en conflictos conocidos por los consejos de mayores de cada comunidad en primera instancia, salvo cuando el conflicto es de especial complejidad, evento en el que el Consejo de Mayores adopta la decisión definitiva (en única instancia).

Por lo tanto, lo que la peticionaria pretende, es utilizar la jurisdicción ordinaria como instancia superior de procesos decididos por la Jurisdicción Especial Indígena, pasando por alto que el conflicto que dio origen a la resolución Nro. 002 de 2008 del Resguardo -controvertida en sede de tutela-, tuvo lugar en la jurisdicción territorial del Resguardo Kankuamo, e involucró a dos miembros de la comunidad, por lo que se configuran los fueros personal y territorial para que las autoridades tradicionales ejerzan su

competencia en la materia.

9.3. En relación con la decisión adoptada por el Consejo de Mayores, señala el señor Cabildo Gobernador:

(i) No es cierto que un documento privado, autenticado ante el Inspector de Policía del corregimiento de Atánquez, pueda sustituir los documentos autenticados y elevados a escritura pública por un Notario, y registrados en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.

(ii) De acuerdo con la Constitución Política (artículos 7º, 246, 329 y 330), y la Ley 89 de 1890, corresponde a las autoridades indígenas reconocer o asignar usufructo de lotes en el resguardo.

(iii) El documento por el que Indira Mendiola pretende acreditar la propiedad del inmueble fue autenticado por el Inspector de Policía de Atánquez en la ciudad de Valledupar, sin tener competencia para ello, razón por la cual las autoridades consideraron que se trata de un documento carente de valor.

(iv) En similar sentido, las autoridades de policía carecen de competencia para pronunciarse sobre el derecho de propiedad. Sus facultades se ciñen a hacer efectivo el respeto por la posesión y tenencia de bienes muebles o inmuebles.

(v) El argumento de la peticionaria según el cual los miembros de la comunidad indígena kankuama tienen dos opciones para tramitar documentos relativos a la propiedad de bienes inmuebles es inaceptable pues, a raíz del reconocimiento del Resguardo Indígena Kankuamo ocurrido en 2003, y tomando en cuenta el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio del resguardo, corresponde a las autoridades tradicionales adjudicar en usufructo especial parte de las tierras del resguardo a miembros de la comunidad. Esto es, el uso y goce de tierras del resguardo, pero no el derecho de propiedad. En cuanto a las mejoras, de acuerdo con las normas internas, la venta está permitida entre miembros de la comunidad solo en caso de necesidad probada, y con autorización del cabildo y la familia.

“En síntesis, la demandante no tiene una propiedad privada individual sobre el inmueble

en Atánquez por cuanto no existe una escritura pública (sic) vigente con el respectivo registro en la oficina correspondiente, por lo tanto dicha área no fue excluida del globo de terreno titulado en beneficio del pueblo Kankuamo como resguardo indígena y en consecuencia no se trata de una relación jurídica o de un bien que deba regirse por la legislación general de la república (sic), sino que por el contrario dicho bien está (sic) regulado en su manejo administración y conservación por la ley de origen y por la legislación indígena nacional especial”.

(vii) De acuerdo con la Ley Civil, la donación entre vivos no tiene validez si no es otorgada por escritura pública, debidamente inscrita en el registro de instrumentos públicos. La letra de cambio presentada por la accionante no puede generar certeza sobre sus derechos pues su propio padre, en documento posterior, desmintió la veracidad del documento. Como la comunidad conocía que el señor Gonzalo Mendiola Acosta tuvo dos hogares en vida, uno con María Mercedes Daza y el otro con Eufemia Gutiérrez Montero, madre de la peticionaria, el Consejo de Mayores decidió otorgarle el 50% a cada una de las familias, tratando de generar un ambiente de reconciliación entre los hermanos.

9.4. En lo concerniente a la presunta violación al derecho fundamental a la estabilidad laboral, el señor Cabildo Gobernador aclaró que el Resguardo es una entidad sin ánimo de lucro, que busca el beneficio del pueblo, así que las autoridades de la Organización realizan una labor comunitaria, sin remuneración, y por vocación al servicio del pueblo, hecho conocido por Indira Mendiola Mendieta, quien aceptó, en tales condiciones, ser coordinadora general de las mujeres, sin remuneración, horario o dependencia de algún empleador. Además, precisó el señor Jaime Arias Arias que, de acuerdo con mandatos propios del pueblo kankuamo, no acatar las órdenes de las autoridades constituye causal de mala conducta.

Por otra parte, de acuerdo con la intervención reseñada, el retiro de funciones de la accionante no tuvo carácter de represalia por haber interpuesto una acción de tutela, toda vez que la resolución 001 de 13 de febrero de 2009 se produjo antes de que las autoridades tradicionales conocieran de la existencia de la acción constitucional.

9.5 Finalmente, no hubo desconocimiento del derecho de petición, pues la solicitud de la peticionaria tuvo respuesta dentro del término legal. El Cabildo Gobernador informó a la

peticionaria que carece de competencia para pronunciarse sobre una decisión definitiva del Consejo de Mayores.

Del fallo de primera instancia.

10. El Juzgado Cuarto (4º) Civil Municipal de Valledupar, Cesar, decidió denegar el amparo en sentencia de cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009). A continuación se sintetizan los fundamentos de su decisión:

10.2. Tampoco se demostró que las autoridades indígenas hayan incurrido en desconocimiento del derecho de petición pues la solicitud de la señora Mendiola Montero fue atendida por el Cabildo Gobernador, como lo afirma la propia peticionaria.

10.3. En relación con el debido proceso y el derecho a la estabilidad laboral reforzada, señaló el a quo: “A juicio del despacho no se configura su amenaza o violación atendiendo que se siguieron los usos y costumbres de la comunidad KANKUAMA, en cuanto al derecho al trabajo, este es tutelable cuando se acredita, que existe una violación a la libertad de trabajo o cuando se lesiona la dignidad del trabajador”. (mayúsculas del original).

Impugnación del fallo de primera instancia.

11. La peticionaria impugnó la decisión de primera instancia, sin presentar los argumentos de su inconformidad.

Fallo de segunda instancia.

12. El Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, confirmó el fallo de primera instancia en sentencia de treinta (30) de junio de dos mil nueve (2009). La razón central de la decisión, fue sintetizada por el ad-quem, de esta manera:

“Observa el despacho de conformidad a (sic) las pruebas aportadas que la entidad accionada, dio respuesta al derecho de petición invocado, a través de escrito No. OIK 527 de fecha 7 de octubre de 2008, con recibo por la tutelante del noviembre 5 de 2.008, visible a folio 27 del expediente, lo que indica que el derecho de petición solicitado por la tutelante fue resuelto, bien sea favorable o desfavorable (sic),

dentro del termino (sic) que establece la Ley para esta clase de casos, además mal haría esta judicatura en inmiscuirse en unos derechos administrativos, que en este caso ni el gobierno nacional, ni las autoridades eclesiásticas, ni ninguna autoridad en general, están autorizados por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno y de la jurisdicción indígena.”

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, el auto de veintiuno (21) de agosto de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número ocho (8) de esta Corporación, que seleccionó este asunto para revisión.

a. Problema jurídico planteado.

Corresponde a la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional determinar si el Cabildo Gobernador y/o el Consejo de Mayores del Resguardo Indígena Kankuamo vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a elevar peticiones respetuosas, y a la estabilidad laboral reforzada de la señora Indira Mendiola Montero, al decidir sobre la controversia planteada entre la actora y la señora Mercedes Daza Luque, por la propiedad, posesión o tenencia de un bien inmueble ubicado en el municipio de Atánquez.

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

b. Solución al problema jurídico.

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

Reiteración de jurisprudencia.³

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

La Constitución de 1991, en consecuencia, como reconocimiento de esa realidad social, elevó al rango de principios fundantes del Estado la pluralidad y la participación; estableció en su artículo 7º la obligación de reconocer y proteger la identidad cultural; y consideró que todas las culturas merecen igual respeto por su dignidad (art. 70 C.P). De esa forma, el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional⁴.

Ese marco general de principios constitucionales que informan las relaciones entre las diferentes culturas que residen en el país se complementa y refuerza por el Convenio 169 de la OIT, "Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes"⁵, cuyas disposiciones sobre derechos de los pueblos y las personas indígenas hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación⁶.

El citado convenio se caracteriza por un enfoque de respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, y por el reconocimiento de algunos derechos como la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros. Para la solución del problema jurídico planteado resultan de especial interés las disposiciones relativas a los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas, y aquellas referentes al derecho a recibir recursos para lograr la efectividad de sus derechos fundamentales, y el acceso a los servicios de seguridad social a cargo del Estado⁷.

Recientemente, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de

las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, con el fin de reforzar los derechos de autonomía de las comunidades indígenas. De acuerdo con jurisprudencia de esta Corporación (sentencia T-704 de 2006), la Declaración refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la materia, por lo que es una pauta de interpretación de los derechos fundamentales que debe ser tenida en cuenta por el juez constitucional.

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

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes” 8

La principal implicación de este reconocimiento es (i) la procedencia de la acción de tutela, tanto para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades frente a las autoridades públicas, y las autoridades tradicionales; como para la protección de los derechos de la comunidad; (ii) el rango de norma de derecho fundamental que ostentan las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades, con todos los atributos legales y políticos que ello comporta.⁹

3. Ahora bien, Es un hecho conocido que los principios mencionados pueden entrar en conflicto con otros principios de la sociedad mayoritaria, algunos de los cuales ostentan el rango de normas constitucionales¹⁰.

3.1. Los principios-derechos de diversidad cultural e integridad étnica, cuyas principales manifestaciones constitucionales se encuentran en la obligación de

proteger la riqueza cultural de la nación (art. 8º, C.P.); el reconocimiento del carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas al interior de los territorios de las comunidades indígenas (artículo 10º, C.P); el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural (art. 68, C.P.); y la obligación de proteger el patrimonio cultural y arqueológico de la Nación (art. 72 C.P.), pueden entrar en conflicto con algunas de las llamadas libertades clásicas (libertad de cultos, conciencia, expresión). El reto para el intérprete y para el juez constitucional en estos casos consiste en proteger los derechos individuales garantizando la supervivencia cultural del grupo¹¹.

3.2. El principio-derecho de participación¹² de las comunidades indígenas, cuyas facetas más destacadas son el derecho fundamental de las comunidades a la consulta previa¹³ y la circunscripción especial indígena para garantizar el acceso a las personas indígenas a los centros de decisión del orden nacional, puede suscitar recelo debido a la intervención en los órganos políticos del orden nacional por parte de los pueblos indígenas, a pesar de su baja representatividad en términos demográficos, y en consideración a las limitaciones que la consulta impone a las decisiones de la mayoría.

La solución de estos conflictos pasa por la comprensión del estado democrático y constitucional de derecho como una organización política en la que la legitimidad democrática no reside exclusivamente en la orientación coyuntural de la opinión mayoritaria, sino que exige la garantía de las condiciones para la participación de las minorías, el respeto por los derechos fundamentales y la adopción de medidas por parte del Estado para lograr al máximo su efectividad.

3.3. El principio y derecho a la autonomía, es entendido como el derecho de las comunidades a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres¹⁴, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y a adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines¹⁵.

Los derechos de autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas deben armonizarse con el principio de unidad nacional, ya que los pueblos indígenas no son -y no se consideran- naciones independientes. Sus miembros ostentan la nacionalidad

colombiana, pero como comunidad dotada de una singularidad cultural reclaman amplios espacios para la determinación de sus prioridades y el desarrollo de su proyecto de vida.¹⁶ La solución de estos conflictos requiere, entonces, una adecuada delimitación entre los espacios de decisión del nivel nacional y los propios de los pueblos originarios, así como el establecimiento de mecanismos de coordinación y concurrencia entre ellos.

Además, en el espacio de la creación y aplicación del derecho, la autonomía comporta una limitación al monopolio de creación del derecho del Congreso (y, excepcionalmente del Ejecutivo); las tradiciones pueden resultar en ocasiones incompatibles con el respeto por los derechos humanos y fundamentales de los miembros de la comunidad; y el ejercicio del derecho propio, en fin, puede suscitar conflictos de competencia o coordinación entre las autoridades tradicionales y las del Sistema Jurídico Nacional.

En los párrafos sucesivos, la Sala se ocupará de los principios y criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional para la solución de estos conflictos, reiterando que no es posible encontrar soluciones sencillas, unívocas o absolutas a estas tensiones, sino que es preciso para el intérprete acercarse a ellos desde una perspectiva respetuosa de las formas de vida y el concepto de dignidad de las comunidades indígenas, consciente de la necesidad de entablar un diálogo intercultural, pero con la cautela necesaria para evitar que esa interacción se convierta en pretexto para intromisiones indebidas en asuntos propios de las comunidades.¹⁷ Como es propio de los conflictos constitucionales, el intérprete debe partir de las particularidades de cada caso, y atender el marco cultural en el que se presentan los conflictos.

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

4. En este acápite, la Sala expondrá los criterios establecidos por la Corporación para la solución de los conflictos descritos, y posteriormente, dilucidará de qué forma deben aplicarse tales criterios en los diferentes ámbitos en que se materializa la autonomía de las comunidades indígenas. La exposición se basa, principalmente, en las sentencias T-254 de 1994, C-139 de 1996, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998, fallo que unificó la

jurisprudencia constitucional en la materia. Finalmente, se reiterarán consideraciones efectuadas en la sentencia T-1253 de 2008, sobre los efectos de la intervención del juez de tutela en asuntos propios de las comunidades indígenas.

Principios generales de interpretación.

4.1. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)¹⁸: de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas¹⁹. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad²⁰.

4.2. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”:
de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión²¹.

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

...

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

4.3. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía”. Este principio tuvo su primera formulación en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos:

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

La Sala estima necesario efectuar algunas precisiones sobre este principio, por su relevancia para la solución del problema jurídico planteado.

La formulación efectuada por la Corte en el fallo T-254 de 1994 se compone de dos partes: en la primera, se describe la historia y la realidad social que han enfrentado los pueblos indígenas, que “sometidos por el orden colonial” o a partir del enfoque de “integración a la civilidad” tienen actualmente distintos grados de conservación de sus tradiciones. La segunda parte, parece efectuar consideraciones normativas: deber [de los grupos que no conservan sus tradiciones] de regirse en mayor grado por las leyes de la república, como garantía a la seguridad jurídica y para que los miembros de la comunidad no se encuentren en la incertidumbre sobre sus derechos y deberes por la inexistencia de normatividad.

A juicio de esta sala, la segunda parte de la formulación debe entenderse como una constatación descriptiva y no como un precepto normativo, pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la cultura tradicional, usos y costumbres, modos de producción, formas de relacionarse con el ambiente, visiones religiosas por parte de una comunidad

indígena, no puede servir de fundamento para disminuir su capacidad de decidir autónomamente sobre sus asuntos²². Esa posibilidad sería incompatible con los principios constitucionales de no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas.

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 mayoritaria²³.

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

Las culturas con menor grado de conservación han incorporado categorías cognitivas y formas sociales propias de la cultura mayoritaria, así que el intérprete puede establecer el diálogo intercultural con mayor facilidad; por el contrario, cuando el intérprete se acerque a una cultura con un alto grado de conservación, requerirá establecer con mayor cautela este diálogo pues se enfrentará a formas de regulación social que pueden diferir sustancialmente de su concepción y formación jurídica²⁴.

En ningún caso está permitido al intérprete desconocer la autonomía de las comunidades; lo que sucede, por así decirlo, es que la necesidad de traducción de las instituciones indígenas es de mayor entidad en el segundo caso.

Incluso cuando la Corte afirma que las comunidades con un grado menor de conservación deberán guiarse por normas del derecho nacional, lo que está haciendo es refiriéndose a una circunstancia específica del ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena: en la medida en que el derecho propio se compone de usos y costumbres, una comunidad que carezca de estos no puede ejercer el juzgamiento de sus miembros, pues ello implicaría un desconocimiento del principio de legalidad, es decir, del derecho de toda persona a ser juzgada por leyes preexistentes, como parte consustancial del debido proceso.

Sin perjuicio de las exigencias del principio de legalidad, el respeto por la diversidad cultural supone el derecho de cada comunidad a determinar si desea conservar sus tradiciones o incorporar algunos elementos de culturas ajenas, y hasta qué grado desean hacerlo. Tales decisiones deben ser respetadas por las autoridades del Sistema Jurídico Nacional.

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

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

5.1. El artículo 246 constitucional prevé la existencia de una Jurisdicción Especial Indígena. Al analizar el alcance de la disposición, la Corte Constitucional, en sentencia C-139 de 1996 determinó que su contenido normativo comprende: (i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de establecer y/o conservar normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación inter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (vi) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la Ley mencionada.²⁵

Si bien la disposición citada se refiere a la Constitución y la Ley como límites a la Jurisdicción Especial Indígena, esta Corporación ha precisado, desde tempranos pronunciamientos, que la autonomía no puede ser restringida a partir de cualquier disposición legal o constitucional, pues ello dejaría los principios de diversidad y pluralismo jurídico en un plano retórico:²⁶

“En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4º) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última, como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste. En este sentido, la jurisprudencia ha precisado que, aunque el texto superior se refiere en términos genéricos a la Constitución y a la ley como límites a la jurisdicción indígena, “resulta claro que no puede tratarse de todas las

normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía””.²⁷

5.2 En virtud de este principio, los límites a la autonomía solo pueden ser aquellos que se refieran a lo verdaderamente intolerable desde el punto de vista de los derechos humanos, a partir de un consenso intercultural lo más amplio posible:²⁸ el derecho a la vida, la prohibición de tortura, la prohibición de esclavitud y el principio de legalidad, especialmente, en materia penal. En la sentencia SU-510 de 1998 expresó la Corporación:

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

5.3. Sobre el principio de legalidad, la Corte ha establecido que se proyecta en dos direcciones: por una parte, se refiere a la existencia de instituciones que permitan

conocer a los miembros de las comunidades el carácter socialmente nocivo de algunas actuaciones, o de soluciones a determinados conflictos; por otra, se relaciona con la preexistencia de las formas en que se aplican esas soluciones o se castigan esas conductas. Es decir, al procedimiento.

El respeto por el derecho fundamental al debido proceso y al principio de legalidad se concreta en la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales de la comunidad.³⁰

El carácter previsible de las decisiones de las autoridades indígenas debe evaluarse, empero, manteniendo presente la existencia de dos limitaciones: en primer término, las prácticas regulativas de buena parte de las comunidades indígenas se encuentran en estado de reconstrucción desde la expedición de la Constitución Política de 1991³¹; de otro lado, la exigencia de previsibilidad no puede implicar la petrificación de las instituciones de las comunidades³²:

“Para determinar lo previsible deberá consultarse, entonces, la especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico. Deben evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica...”³³

5.4. Finalmente, la Corte Constitucional ha considerado que los derechos fundamentales son los mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades³⁴:

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

comunidad”³⁵

De lo expuesto podría concluirse que los límites están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia, cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias. Esta formulación lleva a preguntarse si, en últimas, no son todos los derechos fundamentales los límites a la autonomía, puesto que entre éstos se encuentra también el núcleo duro mencionado. Para la Sala, es posible ilustrar adecuadamente el sentido de la jurisprudencia reiterada, al diferenciar entre la forma en que los límites se aplican a los distintos ámbitos autonómicos de las comunidades.

En ese plano, el “núcleo duro” es un límite absoluto que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas. Cualquier decisión que desconozca el derecho a la vida, lesione la integridad de una persona o transgreda las prohibiciones de tortura y servidumbre está constitucionalmente prohibida, aunque la evaluación de una eventual vulneración, especialmente en cuanto a la integridad personal y el debido proceso debe realizarse a la luz de la cultura específica en que se presenten los hechos³⁶.

Los (demás) derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que un conflicto entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía. En estos conflictos, sin embargo, los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”³⁷.

Estos ejercicios de ponderación pueden ser de gran complejidad, pero el amplio desarrollo de la jurisprudencia constitucional en la materia permite, mediante la técnica de la reiteración, establecer soluciones adecuadas siempre que las subreglas jurisprudenciales se apliquen teniendo en cuenta cada contexto cultural específico.³⁸

Pero, si bien debe reconocerse que en determinadas circunstancias los derechos fundamentales individuales pueden imponer límites a los derechos de las

comunidades, debe tenerse presente también que la Corte Constitucional considera que existen ámbitos de la autonomía en los que la intervención externa es especialmente nociva y, en consecuencia, lo más indicado por parte del juez constitucional es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres.

Este aspecto fue puesto de relieve recientemente por la Corte en la sentencia T-1253 de 2008. En este fallo, referente a problemas internos para la elección del cabildo del resguardo de potrerito, en Coyaima, Tolima, la Corte consideró que una decisión del juez de tutela podría tener efectos negativos irreversibles, al cerrar la posibilidad de diálogo entre las facciones de la comunidad en disputa, mediante la imposición de una solución ajena al derecho propio de la comunidad³⁹.

6. Alcances del fuero indígena.⁴⁰

Según se refirió en precedencia, el ordenamiento constitucional colombiano consagra el principio-derecho de diversidad cultural e integridad étnica, que comprende –como también se expresó– el reconocimiento constitucional de una Jurisdicción Especial Indígena. En este aparte, la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional sobre el fuero indígena, elemento constitutivo de la competencia de la jurisdicción indígena para decidir sobre conflictos suscitados en las distintas comunidades originarias, o entre estos y personas de la sociedad mayoritaria.

En diversas oportunidades esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los alcances del fuero indígena, dimensión especial del derecho a la jurisdicción indígena prevista por el artículo 246 de la Constitución Política⁴¹, que se encuentra en estrecha relación con las reglas de coordinación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria y con la definición de competencia de las autoridades tradicionales de cada comunidad. En esta ocasión la Corte reiterará la posición jurisprudencial asumida en las sentencias T-496 de 1996 y T-728 de 2002, por contener la doctrina constitucional vigente en la materia.

En primer término, de acuerdo a lo expuesto (supra, fundamento 5.1), en relación con las reglas y eventuales conflictos de coordinación entre jurisdicciones, el artículo 246 de la Carta Política estableció en cabeza del Legislador la competencia para definir la

forma de coordinación inter-jurisdiccional; sin embargo, también precisó la Corporación, en los fallos T-254 de 1994, C-139 de 1996 y T-514 de 2009 que, mientras el parlamento regula la coordinación interjurisdiccional, la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura y de la Corte Constitucional, trazan las pautas a seguir en la resolución de los eventuales conflictos de competencia entre las referidas jurisdicciones.

Del mismo modo, en sentencia T-728 de 2002, la Sala Cuarta de Revisión sostuvo que “El ejercicio efectivo de estos derechos no está condicionado por el desarrollo legislativo a que alude el artículo 246 de la Constitución, pues, según lo prescrito en los artículos 29 y 85 de la Constitución, se trata de derechos de aplicación inmediata.⁴² Es decir que, aunque uno de los elementos señalados en el artículo 246 se refiere a la remisión a la ley para que establezca las formas de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, la omisión del legislador en esta materia no condiciona ni suspende el ejercicio efectivo de la jurisdicción indígena.”

Según interpretación constante de esta Corporación, en virtud del artículo 246 superior, “los miembros de las comunidades indígenas están amparados por un fuero especial que, dadas ciertas circunstancias, los somete a la jurisdicción especial indígena y no al sistema nacional”⁴³. Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la existencia de un verdadero derecho al fuero indígena de los individuos pertenecientes a estas comunidades.

En efecto, en el pronunciamiento que se viene reiterando, sentencia T-728 de 2002, el Tribunal Constitucional definió, en los siguientes términos, el aludido derecho:

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

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

Ahora bien, con el objeto de precisar los alcances competenciales de la jurisdicción indígena en su interrelación con el sistema nacional, la Corte ha distinguido entre dos elementos constitutivos del fuero indígena: el factor personal y el factor territorial. Mientras el primero de ellos hace referencia al sujeto que debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, el segundo, se refiere a la facultad que tiene cada comunidad de conocer los conflictos y juzgar las conductas que ocurran dentro de su territorio ancestral⁴⁴ (ámbito de competencia jurisdiccional de las autoridades indígenas).

De esta manera, cuando el conflicto se desarrolle en territorio indígena e involucre a miembros de la misma comunidad, la solución se revela sencilla por la concurrencia del fuero personal y territorial que radica la competencia en la jurisdicción indígena, juez natural en la hipótesis planteada. No obstante, puede suceder que el conflicto o la conducta desplegada por el agente indígena, vulnere bienes jurídicos de quien no es miembro de esa comunidad y por fuera del ámbito de competencia del resguardo. En este último caso la resolución del asunto es más compleja, así que el juez deberá tomar en cuenta las particularidades del caso puesto en su conocimiento para solucionar el conflicto⁴⁵. En cualquier caso, es conveniente precisar que las anteriores pautas deben interpretarse atendiendo al marco propio del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la nación, y de la jurisdicción especial indígena. Así, en sentencia T-496 de 1996, la Corte precisó:

“Es importante que el intérprete, en la solución de estos conflictos, se atenga a la exigencia de reconocimiento y del respeto por la dignidad de todos los grupos humanos, teniendo en cuenta tanto la obligación de proteger los derechos básicos de todos los individuos en tanto seres humanos, como el reconocimiento de las necesidades particulares del sujeto como miembro de un grupo cultural específico”.

7. Dentro del marco constitucional establecido, procede la Sala al estudio del caso concreto.

III. DEL CASO CONCRETO.

A continuación la Sala procederá al examen del caso concreto, a partir de las subreglas expuestas en los fundamentos del fallo. Para ello, (i) efectuará una breve referencia al contexto del pueblo kankuamo, en tanto resulta relevante para establecer la existencia de autoridades y derecho propio de la comunidad; (ii) resaltará los principios interpretativos dentro de los cuales se adoptará la decisión; (iii) se referirá, brevemente, a la procedibilidad de la acción en el presente caso; (iv) finalmente, estudiará el fondo del asunto, aparte en el que se hará un sencillo recuento de los hechos materiales del conflicto; se determinará la competencia de las autoridades indígenas para resolver el conflicto, y se analizarán los cargos concretos de la accionante.

1. La situación actual del pueblo indígena kankuamo (contexto).

La situación del pueblo kankuamo será descrita a partir de diversos documentos de la Organización Indígena Kankuama; estudios antropológicos, y pronunciamientos de autoridades del nivel nacional e internacional.⁴⁶

(i) El pueblo kankuamo sufrió un acentuado proceso de aculturación desde comienzos del siglo XIX, debido a la incidencia que tuvo en su cultura, la catequización y enseñanza del idioma español, originadas con la llegada de los monjes capuchinos al corregimiento, o territorio de Atánquez, ubicación ancestral del pueblo kankuamo.

(ii) Este proceso llevó a que el idioma originario de la etnia entrara en desuso y a la casi desaparición de algunas de sus costumbres, como los pagamentos, el uso del poporo y el vestido tradicional de los kankuamos; así como a un marcado fenómeno de sincretismo cultural con la población del municipio de Valledupar.

(iv) En 1993 se dan los primeros grandes pasos en ese sentido, al celebrarse el Primer Congreso del Pueblo Indígena Kankuamo, con la creación de la Organización Indígena Kankuama - OIK-, encargada de asumir la dirección política y administrativa del pueblo, con el fin de fortalecer la identidad cultural, el ejercicio de la autonomía, y el control del territorio colectivo, aspectos profundizados en el Segundo Congreso, celebrado en 1995.

Posteriormente, en el Tercer Congreso del pueblo kankuamo, celebrado en 2003, se previeron las funciones de las autoridades de la comunidad originaria. En ese mismo año se produjo también el reconocimiento del Resguardo Kankuamo por parte del Estado, mediante la resolución 012 de 2003, del Incora, en un territorio de aproximadamente 24.000 hectáreas. La conjunción de estos dos factores llevó a la expedición de nuevas resoluciones por parte de las autoridades tradicionales en las que se plantea que la comunidad adelantará la defensa del territorio colectivo, y procederá a la adjudicación de mejoras y el usufructo de parcelas a miembros de la comunidad⁴⁷.

(v) A pesar de los logros mencionados por la OIK, en su proceso de reencuentro con la identidad cultural, el pueblo kankuamo ha encontrado serios obstáculos para su consolidación, a raíz de la violencia armada que ha recaído con especial fuerza sobre este grupo étnico, debido a que su ubicación geográfica es estratégica para los intereses de los distintos actores armados. Así, desde mediados de la década de los setenta del siglo pasado, hasta la fecha, han soportado las acciones del narcotráfico, la guerrilla, los paramilitares y, en ocasiones, incluso de miembros de la Fuerza Pública, con un alarmante recrudecimiento de violaciones a sus derechos, a partir del año 2000.

(vi) Esa situación ha sido reconocida por esta Corporación en el auto 04 de 2009, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que concedió medidas cautelares de protección a la comunidad el 24 de septiembre de 2003, y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que decretó medidas provisionales en el mismo sentido, mediante las resoluciones Resoluciones de 5 de julio de 2004 y 30 de enero de 2007.

Del contexto referido, la Sala destaca que el pueblo indígena kankuamo se encuentra en un proceso de reconstrucción de tradiciones, usos y costumbres, que se ha adelantado a partir de decisiones adoptadas por la comunidad, en distintos Congresos organizativos. Por esa ruta, se han establecido o restaurado, órganos, funciones y competencias dentro del Resguardo. Sin embargo, este proceso enfrenta dificultades derivadas del previo proceso de pérdida de identidad de los miembros de la comunidad, fuertemente imbuidos en costumbres “occidentales”, adquiridas por los miembros de la comunidad durante varias décadas y del conflicto armado, aspecto que hace del pueblo kankuamo, un

colectivo de especial protección constitucional, e internacional.

2. A raíz del marco cultural expuesto, la Sala considera que en este caso resulta especialmente relevante utilizar los criterios de maximización de la autonomía indígena, no injerencia en asuntos internos de la comunidad, y baja necesidad de traducción de las costumbres del pueblo kankuamo. Los dos primeros, con el fin de evitar injerencias externas en su proceso de reconstrucción de la identidad indígena; el tercero, en razón a la adopción del pueblo kankuamo de un sistema jurídico que se basa en documentos escritos, a pesar del carácter oral de sus procesos, y a la forma en que el derecho de la sociedad mayoritaria ha permeado el discurso de las partes. (al respecto, ver supra, fundamentos 4 y 5).

No obstante lo expuesto, es claro para esta Sala que la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad comporta cierta cautela en la verificación de la existencia de costumbres, usos, y procedimientos al interior de la comunidad, dado el estado aún incipiente de reconstrucción de la identidad kankuama.

Dentro de ese marco, procede la Sala al análisis del caso concreto.

1. De los hechos materiales sometidos a consideración del juez constitucional.

Más allá de discrepancias menores en la posición de la peticionaria y las autoridades accionadas, es claro que el caso objeto de estudio tuvo origen en una disputa entre Mercedes Daza Luque e Indira Mendiola Montero, ambas pertenecientes a la etnia kankuamo, por la propiedad o posesión de un bien inmueble ubicado en el municipio de Atánquez, del que fue titular el señor Gonzalo Mendiola (QEPD), padre de la peticionaria y compañero, en vida, de la señora Mercedes Daza Luque. (ver, Antecedente 9.4.)

Tras la muerte de Gonzalo Mendiola se inició una controversia por la titularidad del bien referido. Indira Mendiola Montero acudió, con el fin de recuperar la posesión del bien que se encontraba habitado por un tercero, a las autoridades de policía de Valledupar para adelantar un proceso de lanzamiento por ocupación de hecho, el cual fue llevado a término, con base en decisión del Alcalde de Valledupar. Posteriormente, Mercedes Daza Luque llevó el conflicto a conocimiento de las autoridades tradicionales del pueblo

kankuamo, quienes decidieron someter el caso a decisión definitiva del Consejo de Mayores, dada su complejidad.

En el proceso adelantado por el Consejo Mayor, Mercedes Daza Luque sostuvo que vivió en esa casa durante toda su vida con sus hijos, sin aportar prueba del hecho; Indira Mendiola, a su turno, allegó distintos documentos, como medios de prueba de su titularidad sobre el bien. Estos documentos dan cuenta de una donación o dación en pago de un inmueble por parte de Gonzalo Mendiola a su hija Indira Mendiola Montero, como retribución por unas cabezas de ganado. Además, la peticionaria afirma que en el proceso se conocieron varios testimonios que dieron cuenta de la existencia de ese ganado.

El Consejo de Mayores adoptó su decisión mediante un trámite oral, cuyo sentido se sintetiza así:

Las pruebas presentadas por Indira Mendiola Montero no aportan certeza alguna sobre la titularidad o la posesión del inmueble disputado, entre otras razones, porque Gonzalo Mendiola Montero, en otro documento allegado al proceso desmintió haber efectuado “donación” alguna a la accionante. Los testimonios rendidos por otros miembros de la comunidad tampoco aportaron certeza sobre tales hechos, principalmente, porque el aspecto fáctico de la entrega del ganado ocurrió hace mucho tiempo.

Por otra parte -se sigue la argumentación del Consejo- es un hecho conocido en el Resguardo que el señor Gonzalo Mendiola sostuvo dos relaciones afectivas y/o de convivencia con distintas mujeres, ambas miembros de la comunidad kankuamo. Por ello, dada la insuficiencia del material probatorio sobre la pretendida titularidad del bien, y la pretensión de dos personas, familiares del señor Gonzalo Mendiola sobre el inmueble, se decidió adoptar una decisión en equidad, y dividir el bien entre las partes. La peticionaria apeló la decisión, sin obtener respuesta del Consejo de Mayores, en tanto que Mercedes Daza se mostró conforme con esta.

3. De los cargos concretos elevados por la accionante contra la decisión de las autoridades de la OIK

3.1. En relación con la presunta violación al derecho fundamental al debido proceso:

De acuerdo con lo expuesto en el primer considerando del caso concreto, el Pueblo Kankuamo cuenta con autoridades organizadas para el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, a partir de decisiones internas de la comunidad y de conformidad con el artículo 246 de la Carta Política.

El conflicto decidido por el Consejo de Mayores de la OIK tuvo lugar entre dos personas pertenecientes a la comunidad, y versa sobre un bien que se encuentra en el territorio del Resguardo Kankuamo, hechos que no han sido puestos en duda en ninguna etapa del proceso. Por lo tanto, se configuran los presupuestos para el fuero especial indígena y la correlativa competencia de las autoridades tradicionales para fallar el caso.

En segundo término, de acuerdo con el fundamento 5.3 de esta decisión, el respeto por el debido proceso de la accionante, en el marco de un juicio adelantado por la OIK, exige que existan autoridades, normas y cánones de conducta, y procedimientos previamente establecidos por la comunidad, y conocidos por las partes, con el fin hacer efectivos los principios del juez natural y legalidad o previsibilidad de la actuación, inherentes al debido proceso, en asuntos que involucran personas indígenas.

Tales condiciones, en principio, se cumplen en el presente caso pues, a partir del proceso de reconstrucción de identidad y defensa del territorio emprendido por el pueblo kankuamo, existen órganos facultados para referirse al manejo, uso y defensa de la tierra, al interior del resguardo, y para definir el destino de las mejoras entre miembros de la comunidad. Surge, empero, la pregunta de si la adopción de una decisión en equidad no se opone a la previsibilidad de la decisión (que, como se ha dicho, es equivalente al principio de legalidad en estos casos)

Debe discernirse, entonces, si las autoridades indígenas poseen facultades para fallar sobre la base de criterios de equidad, o si ello desconoce el referido principio de legalidad o previsibilidad de las actuaciones de la Jurisdicción Especial Indígena. Para ilustrar la razón por la cual un fallo en equidad podría generar desconfianza en conflictos como que se analiza, resulta útil mencionar que, en el marco del orden jurídico mayoritario, la equidad, es fuente auxiliar de derecho (artículo 230, C.P.), así que su utilización por parte de los jueces nacionales, es permitida siempre que no vaya en contra de lo previsto por las leyes o, como pauta de interpretación de normas positivas⁴⁸.

Si tales consideraciones se extendieran al caso concreto, podría razonablemente concluirse que las autoridades indígenas fallaron en equidad, por la ausencia de usos y costumbres propios, lo que podría afectar la previsibilidad de la actuación del Consejo Mayor del Resguardo.

La conclusión, sin embargo, es injustificada, como a continuación se expone: un proceso judicial puede tener diversos fines, particularmente en un estado que reconoce el pluralismo jurídico. En ese sentido, la Corte ha encontrado que en la Jurisdicción Especial Indígena suelen adoptarse decisiones que se enmarcan dentro de una cosmovisión determinada, y tienen por propósito restaurar el equilibrio en la comunidad.

Sin que sea necesario ahondar en el sentido del proceso judicial en el seno del pueblo kankuamo, la Sala advierte que el Cabildo Gobernador mencionó la necesidad de terminar con las disputas fraternas surgidas por la posesión de un bien, y por ello se invocó la equidad como pauta de solución del conflicto, y se decidió dividir el bien. La peticionaria, que claramente es una conocedora del derecho propio kankuamo, pues ha trabajado directamente en los procesos de recuperación de la identidad cultural adelantados por esta etnia, no expresó que este procedimiento la haya sorprendido de forma alguna.

De lo expresado por las partes, tal como se reseña en el párrafo precedente, se puede inferir que la equidad no es ajena al derecho kankuamo.

Esta consideración no tiene el alcance de establecer un requisito argumentativo formal en cabeza del o la peticionaria en un caso determinado. Simplemente, significa que la decisión de una autoridad indígena previamente constituida y competente, se presume ajustada a derecho, en virtud del respeto por la autonomía de las comunidades étnicas, salvo que los afectados la cuestionen en sede de tutela, pues no corresponde a las autoridades jurisdiccionales nacionales (incluida esta Corte) desconocer oficiosamente esas decisiones.

Finalmente, la peticionaria alega una violación al debido proceso por parte de las autoridades, originada en la omisión de la valoración de las pruebas por ella aportadas. Más aún, considera la señora Indira Mendiola que si el resguardo no tiene los medios para obtener certeza sobre la autenticidad de un documento determinado, o sobre la ocurrencia

de un hecho (en esta oportunidad, el documento de la “donación” del bien inmueble, la letra de cambio, y la existencia del ganado entregado años atrás a su padre), debería remitir el caso a la justicia ordinaria, o por lo menos, permitir que esta ejerza un control como segunda instancia.

Al respecto, como se expresó en los fundamentos del fallo, el principio de segunda instancia no es absoluto. De hecho, en casos enmarcados en el ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, es frecuente que no se prevea la segunda instancia, lo que para la Corte no obedece a un desconocimiento del debido proceso, sino que se debe al alcance dado al proceso judicial dentro de las comunidades, frecuentemente asociado al restablecimiento del equilibrio entre la población indígena, y a la usual reunión de las funciones políticas, jurídicas y religiosas de la comunidad en determinados órganos, que hacen incontrovertibles sus decisiones dentro del marco cultural de la comunidad.

En este caso, el Consejo de Mayores ciertamente consideró que las pruebas eran insuficientes para generar certeza sobre la pretendida titularidad del bien inmueble disputado. Pero, por otra parte, sentó como hechos materiales de la controversia, la existencia de dos personas, o dos grupos familiares, inmersos en una disputa por el destino de un bien, habitado en vida por el señor Gustavo Mendiola.

No se percibe que esa forma de entender el conflicto, ni de valorar las pruebas aportadas por la señora Mendiola constituya un error en la apreciación de las pruebas, o una omisión en la valoración de estas, pues la comunidad explicó las razones por las que las pruebas no eran sólidas. Así, le restó valor a los testimonios por el paso del tiempo; al documento de “donación” del bien inmueble, porque otro documento, supuestamente firmado por el padre de Indira Mendiola desmentía la ocurrencia de ese negocio jurídico; y a la letra de cambio como medio para acreditar la existencia de una obligación dineraria, por la prescripción de esa obligación.

Pero más allá de tales argumentos sobre el material fáctico, el Cabildo Gobernador ha expuesto diversos argumentos sobre la falta de idoneidad de esas pruebas para acreditar la posesión de un inmueble dentro del territorio kankuamo. Por ello, no es claro que, dando un alcance diferente a esas pruebas, el Consejo Mayor hubiera llegado a una decisión distinta. La mención del territorio colectivo lleva a la Sala a efectuar unas

consideraciones finales sobre el mencionado proceso interno:

En el año 2003, que el Estado reconoció el Resguardo Indígena Kankuamo, asentado en un territorio de 24.000 hectáreas, en el cual se encuentra la mayor parte de los miembros de la etnia, con excepción de aquellos que residen en Bogotá y Valledupar⁴⁹.

Como ha señalado el Cabildo Gobernador, el proceso de recuperación cultural y de tradiciones del pueblo kankuamo incluye, como eje central, la consolidación del territorio colectivo, razón por la cual la comunidad ha adoptado distintas resoluciones, relativas a las funciones de las autoridades kankuamas en la defensa y reivindicación del territorio⁵⁰.

Pues bien, en virtud de la especial relación que une a los pueblos indígenas con sus territorios y que hace de estos el eje central de sus derechos, su autonomía, su supervivencia y el devenir cotidiano de su cultura, es de innegable relevancia para la conservación del pueblo kankuamo, que las autoridades de la OIK adopten determinaciones sobre la concesión de mejoras y la tenencia o usufructo de parcialidades del territorio colectivo, pero teniendo presente que la Constitución prohíbe la transmisión del derecho de dominio de la tierra en los resguardos (Artículos 329 y 63 de la Constitución Política).

Por esa razón, cuando el Estado, a través de la entidad administrativa competente, procede a establecer los linderos del territorio colectivo de una comunidad indígena, se adelanta un trámite de deslinde de predios de propiedad privada.

En este caso, la Corte pudo constatar que ni el padre de la peticionaria, ni la peticionaria, ni la señora Mercedes Luque, solicitaron el deslinde de un predio en el proceso de delimitación de los territorios colectivos del resguardo kankuamo⁵¹.

Por lo tanto, la disputa sobre el derecho de propiedad de una parte del territorio indígena se opone a los artículos 63 y 229 de la Constitución; y la adjudicación de mejoras, o concesión de usufructo sobre predios o terrenos de la comunidad debe someterse a la regulación interna. (resoluciones 018 de 6 de noviembre de 2006 y 019 de 27 de julio de 2008, emitidas por el Resguardo Kankuamo).

De lo expuesto se desprende que, más allá de los argumentos presentados por la peticionaria, el hecho que ninguno de los presuntos titulares del bien haya participado en el procedimiento de deslinde de predios de propiedad privada del territorio colectivo adelantado por el Incora en 2003, implica que las decisiones sobre el usufructo de mejoras, o tenencia de parcelas, está sometido a la normatividad interna del resguardo. Esto implica, finalmente, que la controversia probatoria planteada por la accionante tenga poca incidencia en la decisión del Consejo Mayor.

3.2. De la presunta violación del derecho de petición.

La Sala no encuentra vulneración alguna al derecho de petición, pues la solicitud presentada por la peticionaria fue resuelta por el Cabildo Gobernador, quien le informó que no puede pronunciarse sobre aspectos de la decisión adoptada por el Consejo de Mayores. El sentido material de la respuesta es, entonces, el de informar a la peticionaria sobre la inexistencia de recursos internos, para controvertir las decisiones del órgano de la comunidad mencionado. Si se toma en cuenta que las preguntas de la peticionaria tienen como objeto controvertir una decisión adoptada por un órgano determinado de la comunidad, en ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena es claro que la respuesta del Cabildo Gobernador es suficiente, pues da cuenta del carácter definitivo de la decisión adoptada por el Consejo de Mayores.

3.3. Sobre la presunta vulneración al derecho fundamental a la estabilidad reforzada de Indira Mendiola Montero.

Por último, alegó la accionante que el Cabildo Gobernador desconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer en estado de embarazo o lactancia, al ordenar que no fuera reincorporada al ejercicio de funciones como coordinadora del grupo de mujeres de la OIK. La parte accionada expresa que la labor desarrollada por Indira Mendiola no equivale a un vínculo laboral, pues se ejerce sin remuneración ni subordinación alguna, y que el desconocimiento de una decisión de las autoridades del resguardo constituye una causal de mala conducta al interior del resguardo.

Encuentra la Sala que, si bien tiene el argumento del Cabildo Gobernador, en el sentido de que no resulta viable equiparar el ejercicio de una labor comunitaria a un vínculo laboral como lo pretende la accionante es razonable, ello no implica que la

decisión se encuentre justificada.

De acuerdo con las afirmaciones de las partes, el ejercicio del papel de coordinadora del grupo de mujeres tiene una importante connotación social dentro del Pueblo Kankuamo, y la separación de Indira Mendiola de esa posición tuvo carácter sancionatorio⁵². Esa decisión, sin embargo y a diferencia de lo ocurrido en el trámite surtido para definir la posesión del tantas veces referido bien inmueble, al adoptar esa determinación no se permitió la participación de la afectada, ni el ejercicio del derecho a la defensa, en el marco de los procedimientos internos. Además de ello, no se permitió la participación del grupo de mujeres para la adopción de la determinación referido, pese a que la decisión puede afectar directamente su funcionamiento.

A pesar de lo expuesto en el párrafo precedente, la coordinación del grupo de mujeres (o de artesanas) es ejercida actualmente por una encargada, o bien, por una mujer elegida por el referido grupo de mujeres. Por ello, debe descartarse la posibilidad de ordenar que la accionante sea reincorporada al ejercicio de tales funciones, pues ello podría afectar derechos de terceros no vinculados a este proceso⁵³.

Siguiendo la orientación de permitir una decisión interna del Resguardo indígena en asuntos que afectan únicamente a miembros de la comunidad; y fiel a la convicción de que la interferencia externa puede agudizar las facciones de una comunidad indígena; pero consciente, a la vez, de la necesidad de proteger el derecho fundamental de la peticionaria al debido proceso afectado en la decisión de separarla del papel de coordinadora del grupo de mujeres, la Sala ordenará que, en la próxima reunión de las autoridades competentes (Consejo de Mayores o Cabildo Mayor, de conformidad con lo que disponga la normatividad interna), se someta a un estudio interno de la comunidad la permanencia de la señora Indira Mendiola Montero como coordinadora del grupo de mujeres, garantizando que la peticionaria sea oída por las autoridades indígenas, y que se tome en cuenta la posición del grupo de mujeres, o de artesanas.

La Sala, finalmente, comisionará al juez de primera instancia para verificar el cumplimiento de las órdenes adoptadas en esta decisión, así como el acatamiento de la decisión del Consejo de Mayores del Resguardo Consejo de Mayores de la Organización Indígena Kankuama, de 5 de abril de 2008, si esta no ha sido aún cumplida.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- Confirmar parcialmente los fallos proferidos en primera instancia por el Cuarto (4º) Civil Municipal de Valledupar, el cuatro (4) de marzo de dos mil nueve (2009), y el Juzgado Tercero (3º) Civil del Circuito de Valledupar, el treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009), en segunda instancia, en cuanto denegaron el amparo a los derechos al debido proceso, a elevar peticiones respetuosas a las autoridades, y a la estabilidad laboral reforzada de Indira Mendiola Montero, en el trámite adelantado por el Consejo Mayor de la Organización Indígena Kankuama.

Segundo.- Proteger el derecho fundamental al debido proceso de la peticionaria, vulnerado por las autoridades del Resguardo al decidir desvincularla del cargo de Coordinadora del Grupo de Mujeres de la Comunidad por no cumplir la decisión del Consejo de Mayores.

Tercero. Ordenar a las autoridades del Resguardo Indígena Kankuamo; es decir, al Cabildo Gobernador, el Consejo de Mayores, y el Cabildo Mayor que, en la próxima reunión se proceda a discutir sobre la permanencia de Indira Mendiola Montero, como Coordinadora del Grupo de Mujeres, garantizando la participación de la afectada y del grupo de mujeres, o grupo de artesanas de la comunidad.

Cuarto. - Comisionar al juez de primera instancia, para que ejerza vigilancia sobre el cumplimiento de este fallo.

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

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

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

22 La peticionaria se refiere en algunas ocasiones a “donación”, y en otras a “parte de pago” por cabezas de ganado cuando habla del negocio jurídico celebrado por su padre. Sin importar cuál fue el sentido real del negocio, lo cierto es que la peticionaria aportó un documento privado en el que su padre dice “donar” la casa; una letra en la que, según su dicho, consta la obligación contraída por las cabezas de ganado; y señala haber presentado testimonios relativos a la existencia del ganado vacuno mencionado.

33 Son pronunciamientos de especial importancia en la materia las sentencias T-349 de 1996, T-254 de 1994, SU-510 de 1998 (marco general, y tensiones entre la autonomía y los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad), C-139 de 1996 (contenido normativo de la Jurisdicción Especial Indígena), T-496 de 1996 y T-728 de 2002 (fuero especial indígena), entre muchas otras. En esta oportunidad, la Sala seguirá la exposición de la reciente sentencia T-514 de 2009.

4 En la sentencia T-881 de 2002, la Corte se ocupó, in extenso, del concepto de

dignidad humana, desde una perspectiva constitucional, encontrando que se trata de un concepto jurídico polisémico; su contenido, por tanto es especialmente complejo así como su naturaleza jurídica. Acá se hace referencia a una de las dimensiones del concepto: la dignidad como autonomía.

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

7 Al respecto, ha señalado la Corte: “En relación con la asignación de recursos a los grupos y comunidades indígenas, a fin de hacer efectivos sus derechos fundamentales, cabe recordar lo dispuesto por el Convenio 169 de 1989 de la OIT, que además de consagrar de manera expresa, que los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación, del conjunto de sus normas se desprende el deber del Estado de garantizar la disponibilidad de recursos suficientes y la toma de medidas y actuaciones para asegurar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, interpretación que ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Sentencia C-921 de 2007, reiterando la doctrina sentada en el fallo T-704 de 2006.

8 “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana” (CP art. 1 y 7)... Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución. || La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la desestabilización y a su eventual

extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social". En el fallo citado, la Corte Constitucional fundó la atribución de derechos a las comunidades indígenas en el derecho a la vida y la prohibición de desaparición forzada; y señaló que los principios de pluralismo, democracia participativa, diversidad e integridad cultural obligan a reconocer derechos que trascienden al plano individual. esta Corporación ha considerado que la existencia de mandatos constitucionales y normas de derecho internacional que ordenan la protección de las comunidades y culturas indígenas constituyen razones normativas suficientes para el reconocimiento de este tipo de derechos. En la sentencia T-704 de 2006 se hizo un recuento general sobre los derechos de los que son titulares las comunidades indígenas: "(i) el derecho a la integridad étnica y cultural (sentencias T-428 de 1992; T-528 de 1992; C-169 de 2001; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005); (ii) el derecho a la supervivencia cultural y el derecho a la preservación del hábitat natural de los pueblos indígenas. Sobre este tema ver entre otras las sentencias T-405 de 1993; SU-039 de 1997; C-169 de 2001; T-1117 de 2002; C-620 de 2003; SU-383 de 2003; C-401 de 2005.; (iv) el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas⁸ (sentencias T-188 de 1993, T-652 de 1998 y C-180 de 2005; (v) el derecho a la propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad indígena Al respecto se puede consultar entre otras las sentencias T-188 de 1993; T-652 de 1998; Sentencia C-180 de 2005; (vi) el derecho de los pueblos indígenas a configurar sus propias instituciones jurídicas (sentencia T-1127 de 2001); el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia en su territorio y a regirse por sus propias normas y procedimientos (T-254 de 1994; T-349 de 1996; T-523 de 1997; T-1121 de 2001; T-782 de 2002; T-811 de 2004, entre otras); (vii) el derecho de las comunidades indígenas a determinarse por su cosmovisión religiosa y a hacerla valer ante terceros (T-257 de 1993; T-324 de 1994; SU-510 de 1998); (viii) el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan afectarlos (SU-039 de 1997; C-418 de 2001; C-891 de 2002; C-620 de 2003 y SU-383 de 2003) y de forma reciente, C-461 de 2008, C-030 de 2008 y C-175 de 2009) y el derecho a acudir a la justicia como comunidad (T-380 de 1993; C-058 de 1994; T-349 de 1996; T-496 de 1996; SU-039 de 1997; SU- 510 de 1998; T-652 de 1998".

⁹ Sobre la procedencia de la tutela de los miembros de la comunidad frente a las autoridades indígenas, cfr. por todas, las sentencias T-254 de 1994 y T-979 de

2006. Sobre la procedencia de la acción para la protección de los derechos de la comunidades se pueden consultar la T-380 de 1993 y la SU-383 de 2003.

10 Desde tempranos pronunciamientos, la Corte se refirió a las tensiones que pueden darse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y el sistema de derechos fundamentales. Así, en la T-254 de 1994, expresó: “mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.¹⁰ Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).

11 En un sentido más amplio, el juez debe determinar, incluso, qué limitaciones o restricciones a los derechos individuales resultan legítimas para la permanencia cultural de cada comunidad. Ver, al respecto, sentencia SU-510 de 1998.

12 Como es obvio, todas las personas indígenas que tienen la calidad de ciudadanos colombianos, son titulares de los derechos generales de participación consagrados en el artículo 40 Superior.

13 Constitución Política. Artículo 171, inciso 5º: “Los representantes de las comunidades indígenas que aspiren a integrar el Senado de la República deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización, refrendado por el Ministro de Gobierno”.

Artículo 176, incisos 4º y 5º: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas”. || “Mediante esta circunscripción, se podrán elegir hasta cuatro

representantes.” se garantiza que el punto de vista de los pueblos originarios sea tenido en cuenta en el proceso de toma de decisiones del orden nacional, como una forma de superar las barreras que enfrentan para acceder a los centros de decisión del país. Es amplia la jurisprudencia de la Corporación sobre el derecho fundamental a la consulta previa. Ver, por todas, los recientes fallos C-030 de 2008 y SU-383 de 2003. (Art. 40 C.P. Art. 330, parágrafo, C.P. Convenio 169, artículos 6º y 7º principalmente). de otro lado, mediante el derecho fundamental a la consulta previa se prescribe la participación directa y efectiva de las comunidades en las decisiones que las afectan.

14 Cfr. Artículo 246, Constitución Política.

15 El principio de autonomía encuentra sus principales manifestaciones constitucionales en los artículos 58 y 63, que protegen los territorios de los pueblos indígenas y que deben ser interpretados y complementados por los artículos 13-19 del Convenio 169 de la OIT; y en el artículo 329 constitucional que se refiere al carácter no enajaneble de los resguardos, derivado de su calidad de propiedad colectiva; en el artículo 246 que establece la existencia de una Jurisdicción Especial Indígena (aplicación del derecho), que ejercerá sus funciones de acuerdo con los usos y costumbres tradicionales de cada pueblo (facultad de crear o mantener el derecho propio; la autonomía también se proyecta en la organización política de las comunidades, así como en el manejo de sus asuntos, entre los que se destaca el la posibilidad de concebir y manejar un concepto propio de desarrollo, definir sus prioridades y planes económicos, etc (Ver, principalmente artículos 330, 356 y 357 de la Carta, sobre los que se profundizará en el último acápite de los Fundamentos. Este principio constituye, además, un desarrollo de uno de los principios cardinales del derecho internacional, la “autodeterminación de los pueblos”, que se encuentra consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); en el Programa de Acción de Viena, y en la reciente Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y en el Convenio 169 de la OIT.

16 Ver, Sentencia SU-510 de 1998, Fundamento 47: “La Corte ha señalado que las limitaciones a que se encuentran sujetos los principios de diversidad étnica y cultural y de autonomía de las comunidades indígenas surgen del propio texto constitucional, el cual

determina, por una parte, que Colombia es un Estado unitario con autonomía de sus entidades territoriales (C.P., artículo 1º) y, de otro lado, que la autonomía política y jurídica de las comunidades indígenas, es decir, la capacidad para gobernarse y ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial..." Ver, también, las sentencias T-405 de 1993 y T-254 de 1994.

17 "...la Corte Constitucional, no puede juzgar las acciones o abstenciones de las autoridades indígenas con el mismo rigor que aplica en los demás casos. Aquí no se expresa que la Corte deba adoptar una actitud indulgente. Simplemente, se puntualiza que el juez constitucional debe proceder con cautela y deferencia. De una parte, se debe evitar la violencia cultural que consiste en ignorar las categorías a través de las cuales el indígena comprende el mundo que lo rodea y dirige su comportamiento. De otra parte, el espacio de indeterminación de las normas constitucionales debe permitir que aflore la interpretación que mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros (interpretación pro indígena)". Cfr. sentencia SU-510 de 1998.

18 Este principio fue planteado por primera vez en las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996, y ha sido reiterado en numerosas oportunidades como el criterio esencial para el estudio de casos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas. En la T-349 de 1996 expresó la Corporación: "... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". sentencia SU-510 de 1998, señaló la Corporación: "En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)".

19 "Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán

admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) [y] b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. T-254 de 1994, T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

20 *Ibidem*.

21 Sentencias T-349 de 1996 y SU-510 de 1998.

22 Al respecto, es oportuno mencionar que, a pesar de que el principio ha sido reiterado desde 1994, no existe un solo pronunciamiento en el que la Corte haya aceptado o impuesto una restricción a la autonomía de una comunidad indígena que ha sufrido un proceso de “aculturación”, o de pérdida de costumbres tradicionales.

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

24 Así, por ejemplo, Esther Sánchez (Cfr. Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia, Revista IIDH, No. 41, enero a junio de 2005. Pgs. 225-251) señala que “... se reconoce que existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia. Ésta se sustenta sobre el valor que tiene que ordenar, en

determinado sentido la sociedad, como elemento de un derecho propio. Quiere decir que concurren para administrar justicia, o autoridades individuales (un gobernador), o grupos con esta competencia (todas las autoridades del cabildo), o comunidades enteras que conocen el caso y definen sanciones (caso los paeces). También hay para administrar justicia como medio y símbolo, el uso de bastones de mando y oratoria amplia (wayuu), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (emberas), utilización de equipos modernos como computadores conectados a internet con el mundo para el conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (u'wa, paeces). Muchos, también realizan y formalizan sus tareas por escrito, (guambianos y emberas) y hay pueblos que contratan abogados de fuera -no indígenas-, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, aduciendo en este caso que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias (awa, emberas). Se puede concluir que las autoridades indígenas de pueblos como los pastos, asumen el derecho positivo estatal como derecho propio y en contraste, los cubeo tienen un derecho propio que cuesta trabajo entenderlo ya que se fundamenta en el mito y el ritual.”

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

En las sentencias T-254 de 1994 y C-139 de 1996 la Corte puntualizó que, mientras el legislador expide la ley de coordinación interjurisdiccional, la jurisprudencia de Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional deben llenar ese vacío legal.

26 Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, SU-510 de 1998: “Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades

jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a las autoridades de las comunidades indígenas, a la luz del principio de la diversidad cultural, pues si bien la Constitución se refiere de manera general a “la Constitución y la ley” como parámetros de restricción, resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales; de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico. La determinación del texto constitucional tendrá que consultar entonces el principio de maximización de la autonomía que se había explicado anteriormente”.

27 Cfr. Sentencias T-254 de 1994 y T-349, SU-510 de 1998 y T-1022 de 2001.

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

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

30 Cfr. principalmente, la sentencia T-523 de 1997: “A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas. Pero claro, la exigencia en este caso no puede ir más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades; de otra manera, el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse.”

31 Ello se debe a que, más allá de algunos limitados derechos de autogobierno y conocimiento de conflictos de menor entidad al interior de la comunidad establecidos por la Ley 89 de 1890, con anterioridad a la Constitución del 91 la mayor parte de los casos eran remitidos al sistema jurídico nacional

33 Sentencia T-523 de 1997 y T-349 de 1996.

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

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

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

37 Esa atribución de un peso superior *prima facie* puede asimilarse, *mutatis mutandi*, al “peso” asignado a la libertad de expresión en los conflictos que suelen suscitarse entre esta y el derecho a la intimidad, en consideración a su relevancia para la vigencia de la democracia representativa; o a la preferencia normativa otorgada por la Constitución a los derechos de los niños. Ciertamente, estos derechos pueden ser derrotados en ejercicios de ponderación, pero al suscitarse conflicto con otros principios parten con un plus que debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de resolver

la eventual colisión de principios.

38 cfr. Sentencia T-292 de 2006. El que no sólo los derechos del núcleo duro son limitaciones se hace evidente en casos como el de los gemelos u'wa (T-030 de 2000) que, dentro de la cosmovisión de la comunidad indígena, debían ser dejados en cuidado de la madre tierra, lo que, en lectura de la sociedad mayoritaria, implicaba su abandono. Si bien la Corte no impuso ninguna decisión a la comunidad, sí intervino en favor de los niños, dejándolos en cuidado de bienestar familiar, mientras la comunidad decidía si debía mantenerse esa costumbre tradicional o si podía encontrar en su seno un lugar para los menores.

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

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

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

39 La Jurisprudencia de la Corte ha considerado que la autonomía es especialmente amplia en temas como la elección de las autoridades propias del resguardo (T-1258 de

2008, T-979 de 2006 Y T-737 de 2005), la elección y traslado de ARS o EPS, (C-088 de 2001, C-898 de 2002, T-379 de 2003), la destinación de los recursos que reciben los resguardos del Sistema General de Participaciones (T-704 de 2006, SU-510 de 1998, C-921 de 2007), el ejercicio del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio (T-188 de 1993, T-380 de 1993, T-428 de 1992, T-652 de 1998, entre otros.

40 Actualmente es copiosa la jurisprudencia de la Corte Constitucional en relación con el fuero indígena. Al respecto, cabe mencionar que, en un principio, las subreglas de la Corte se cimentaron sobre casos en los que se discutía la aplicación de la ley penal general, o de las formas de control social y restablecimiento de la armonía dentro de cada comunidad indígena, así que el fuero se relacionaba principalmente con el derecho de la persona a ser juzgada de acuerdo con las costumbres tradicionales frente a la comisión de conductas punibles, escenario en el que los principios de tipicidad, culpabilidad y responsabilidad son particularmente dependientes de la cosmovisión de la comunidad. Posteriormente, el fuero se ha extendido a otros asuntos como es natural, en los cuales el conflicto no tiene la trascendencia cultural del derecho penal. En tal sentido, pueden consultarse las sentencias C-139 de 1996, T-496 de 1996, T-344 de 1998, T-667A de 1998, T-934 de 1999, T-728 de 2002, C-127 de 2003, T-552 de 2003, T-811 de 2004, T-1238 de 2004, T-1070 de 2005, T-09 de 2007 y T-945 de 2007, entre otras.

41 Nuevamente, se remite a las sentencias citadas en el pie de página anterior.

42 “El derecho al debido proceso es un derecho fundamental de aplicación inmediata (C.P. art. 85) y, por tanto, también lo es el artículo 246 Superior, en el que consagró la jurisdicción especial indígena”. Sentencia T-266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. (se conservan citas del original)

43 T-728 de 2002.

44 Adicionalmente, la Corte indicó: “La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso”. Cfr. Sentencia T-496 de 1996.

45 Para estos eventos, la jurisprudencia constitucional ha previsto una serie de criterios que orientan la definición de la jurisdicción encargada de enjuiciar el conflicto o la conducta reprochada. Así, en sentencia T-496 de 1996, la Sala Cuarta de Revisión trazó las siguientes directrices: “a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional. // b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos.”. Cfr. T-496 de 1996.

46 Situación de derechos humanos y derecho internacional humanitario pueblo kankuamo sierra nevada de santa marta, Valledupar, Cesar. 2005-2006. Consejo Nacional Indígena de Paz. CONIP Septiembre de 2006

“Violencia Política contra los Pueblos Indígenas en Colombia 1974-2004”. William Villa y Juan Houghton. IGWIA, OIA, CECOIN. 2004

“Hoja de Cruz: Memoria Histórica de los impactos del conflicto armado en el Pueblo Indígena Kankuamo”. OIK. Valledupar, 2006.

“La recuperación de la memoria histórica de los descendientes de los Kankuamo: Un llamado de los antiguos. Siglo XX - XVIII.” Monografía de Grado, Universidad Nacional de Colombia. 1996.

Resolución Defensorial 24. Defensoría del Pueblo. Colombia, 2002.

Auto 04 de 2009, Corte Constitucional.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Medidas cautelares adoptadas el 24 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resoluciones de 5 de julio de 2004 y 30 de enero de 2007.

47 Al respecto, las resoluciones 018 de 6 de noviembre de 2006, “por la cual se establecen medidas para el control y la regulación de los procesos de compraventa de inmuebles (mejoras, lotes urbanos, viviendas) al interior del Resguardo Indígena Kankuamo”; y No. 019 de 27 de julio de 2008. “Por la cual se establece el régimen parcial para las contribuciones de los miembros del Pueblo Kankuamo por concepto de asignación de lotes y viviendas urbanas, y mejoras al interior del Resguardo Indígena Kankuamo, y se definen los criterios de distribución de las mismas”.

48 Esta referencia a la equidad, obviamente de carácter esquemático tiene exclusivamente fines expositivos. Pretende ilustrar por qué la utilización del criterio por parte de la comunidad indígena puede generar ciertas dudas. Es decir, explícitamente establece la Sala que se trata de un obiter dicta, con los propósitos mencionados. Para una exposición completa del lugar de la equidad en el ordenamiento jurídico colombiano, la Sala remite a las sentencias T-1046 de 2007, SU-837 de 2002 y C-083 de 1995.

49 Estas consideraciones se efectúan sin perjuicio de una modificación del reconocimiento inicial del Estado, en el sentido de efectuar una eventual ampliación del Resguardo.

50 Al respecto, las resoluciones 018 de 6 de noviembre de 2006, “por la cual se establecen medidas para el control y la regulación de los procesos de compraventa de

inmuebles (mejoras, lotes urbanos, viviendas) al interior del Resguardo Indígena Kankuamo”; y No. 019 de 27 de julio de 2008. “Por la cual se establece el régimen parcial para las contribuciones de los miembros del Pueblo Kankuamo por concepto de asignación de lotes y viviendas urbanas, y mejoras al interior del Resguardo Indígena Kankuamo, y se definen los criterios de distribución de las mismas”.

51 Esto se puede corroborar en la resolución 012 de 2003 del Incora.

52 En ese sentido, la peticionaria señala que es consecuencia de no obedecer la decisión del Consejo de Mayores controvertida por vía de tutela, y el Cabildo Gobernador, apoya esa afirmación al señalar que la desobediencia de Indira Mendiola constituye casual de mala conducta.

53 Al respecto, se observa un documento dirigido por el Cabildo Gobernador al grupo de mujeres, en el que se expresa: “Por medio de la presente me permito comunicarles que una vez socializado y analizado en Cabildo Mayor el contenido del Acta Número 001 de 2009, mediante el cual (sic) ratificaron en el cargo de Coordinadora de Mujeres a la Señora INDIRA MENDIOLA a partir del mes de febrero de 2009, el Cabildo Mayor a (sic) determinado abstenerse de reincorporar en el cargo a la Señora mencionada hasta tanto esta no cumpla con la decisión tomada por el Consejo de Mayores mediante Resolución Numero 002 de Fecha 05 DE Abril de 2008 en virtud de lo anterior, el Cabildo Mayor considera que la señora INDIRA MENDIOLA ha desacatado a las autoridades propias del Resguardo, siendo ella una Autoridad, en consecuencia solicitamos a ustedes determinar de manera urgente si respaldan la continuidad de la Coordinadora Encargada, DELVIS ESTRADA, o en su defecto escoger (sic) una nueva”. (Folio 32. Cuaderno de tutela).