

Sentencia T-952/10

ACCION DE TUTELA CONTRA ALCALDIA MUNICIPAL Y OFICINA DE PLANEACION Y EVALUACION INTEGRAL-Caso en que se alega vulneración a la vivienda digna

Referencia: expediente T-2747745

Accionantes: Lastenia Socha Castañeda y Jerónimo Jaramillo Socha.

Accionados: Alcaldía Municipal de Chía, Oficina de Planeación y Evaluación Integral e Inspección Segunda de Policía.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos en el asunto de la referencia por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chía y el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá.

### I. ANTECEDENTES.

Los señores LASTENIA SOCHA CASTAÑEDA y JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA miembros del Resguardo Indígena de Fonquetá y Cerca de Piedra Chía, demostraron mediante certificado expedido por el Resguardo, que ostentan la calidad de indígenas Muiscas y que pertenecen a su censo; instauraron acción de tutela contra la Alcaldía Municipal de Chía, e Inspección Segunda de Policía, en orden a proteger sus derechos fundamentales de petición, vivienda digna y autonomía indígena. El juez de primera instancia ordenó vincular al proceso a la Oficina de Planeación y Evaluación Integral de Chía. El presente asunto se fundamenta en los siguientes:

#### 1. Hechos.

Manifiestan los actores que el Gobernador del Resguardo Indígena (Pedro Milciades Socha Toro), mediante Acta de fecha 3 de enero de 2010, adjudicó un pedazo de lote perteneciente a la propiedad del resguardo indígena al señor Jerónimo Jaramillo Socha (indígena) en calidad de usufructo.

El día 12 de marzo de 2010, el Gobernador del Resguardo le comunicó al señor Jerónimo Jaramillo Socha que estaba autorizado para efectuar la construcción de su casa en el lote adjudicado, por haber cumplido con el procedimiento interno que exige el resguardo indígena; así mismo le hace advertencia de que debe cumplir con todas las normas específicas para la cimentación, muros de contención, manejo de aguas y servicios para la menor afectación del entorno.

Conforme a lo anterior, los accionantes inician las diligencias para instalar la casa prefabricada en el lote adjudicado por el resguardo. Sin embargo, en los días 9 y 10 de marzo de 2010, el Gerente de la Oficina de Planeación cita a los accionantes para informarles que esta entidad les hizo apertura de investigación preliminar por la presunta infracción urbanística originada “en la construcción sin licencia o con licencia pero fuera de la norma.”

Con posterioridad fueron citados nuevamente por la Inspección segunda de Policía del Municipio de Chía, para rendir descargos. En dicha diligencia se les informó también que la Oficina de Planeación, mediante Despacho Comisorio No. 089, ordenó la suspensión de la obra.

Ante esta situación los accionantes acudieron a la Personería Municipal para que les brindara ayuda jurídica y como consecuencia de ello, el 30 de marzo de 2010 fue radicado derecho de petición ante la Alcaldía Municipal y la Gerencia de Planeación y Evaluación Integral para que dieran una respuesta de fondo a la situación por la que estaban atravesando los recurrentes.

En ampliación de la acción de tutela, la señora Lastenia y el señor Jerónimo manifestaron que se encontraban desempleados y que no tienen como subsistir porque se han gastado todo el dinero en arriendo en una casa ubicada en el barrio 20 de julio en Chía, a causa de la medida tomada por la entidad y sumado a ello, han tenido pérdidas innumerables por cuanto la obra se encuentra suspendida.

Al presentar la solicitud de tutela, los accionantes se concentraron en señalar que solicitan el amparo al derecho de petición para que la Alcaldía y Planeación informen por qué no se puede construir la casa en el lote asignado.

## 2. Respuesta de las entidades accionadas.

### 2.1. Alcaldía Municipal de Chía.

Ante el traslado del escrito de tutela, la Dra. María Consuelo Rojas Arias, apoderada del titular del Despacho accionado, respondió así a los hechos de la demanda:

En cuanto al derecho de petición, asegura que el día 28 de abril de 2010, dio respuesta a la información solicitada por el ente de control, mediante oficio suscrito por el señor Manuel Horacio Pinilla Reyes Gerente para la Planeación y Evaluación Integral (anexa copia de la respuesta). Así mismo, afirma que los accionados en ningún momento han hecho solicitud alguna conforme lo dispone la Ley 810 de 2003, como tampoco han requerido el formulario único Nacional para obtención de licencia de construcción. Conforme a lo anterior, el Gerente para la Planeación y Evaluación Integral el día 15 de abril de 2010, advierte al Gobernador de la comunidad indígena (Pedro Milciades Socha Toro) sobre la preocupación de que se adjudiquen los terrenos en zona de riesgo, comunicación recibida en la Alcaldía el 20 de abril de 2010 (anexa copia a la contestación).

Respecto al derecho a la vivienda digna, considera que la Alcaldía “no ha hecho otra cosa que proteger a los accionados de realizar una construcción en zona de riesgo como lo constituye el hecho de haber implantado una plancha en el cerro sin tener las más mínimas normas urbanísticas por cuanto no se ha solicitado licencia para la construcción ante Planeación”, lo anterior lo fundamentan con las fotos anexadas a la contestación, las cuales han sido tomada por los inspectores.

Señaló igualmente, que de la diligencia de descargos se infiere que la señora Socha vive dignamente en una casa del 20 de julio del barrio de Chía. Indica que “lo único que han intentado es evitar una situación de desastre al intervenir en el uso del suelo concretamente en la zona que constituye alto riesgo. Finalmente, considera que prima el Ordenamiento Territorial del Municipio adoptado mediante Acuerdo Municipal 017 de 2000 y es legítimo que se intervenga, máxime cuando se trata de zonas de riesgo.

## 2.2. Inspección Segunda de Policía.

Ante el traslado del escrito de tutela, la Dra. María Isabel Baquero Rojas, Inspectora Segunda de Policía, atendió el planteamiento de la tutela con los siguientes argumentos:

Informa que no ha recibido el derecho de petición al que se refiere la tutela de la referencia, solamente conoció de la comisión emanada dentro del auto de fecha 9 de marzo de 2010 por parte del Gerente para la Planeación y Evaluación Integral, el cual ordenó la suspensión de la construcción. Conforme a lo anterior anexa varios documentos a saber:

2. Auto de apertura de infracción urbanística suscrito por Planeación.
3. Nota interna de la Alcaldía Municipal.
4. Citación para el señor Jerónimo Jaramillo Socha.
5. Informe de trabajo de campo realizado en la Vereda Cerca de Piedra.
6. Fotocopia de 8 fotos del terreno de Cerca de Piedra.
7. Diligencia de descargos del señor Jerónimo Jaramillo Socha.
8. Auto que avoca conocimiento para la verificación de la presunta infracción urbanística.
9. Diligencia de descargos de la señora Lastenia Socha.
10. Certificación de Ministerio de Interior y de Justicia donde reconoce que existe una comunidad Muisca en Chía y que su Gobernador es el señor Pedro Milciades Socha Toro.
11. Acta de adjudicación del lote al indígena Jerónimo Jaramillo Socha, por parte del Gobernador Pedro Milciades Socha Toro.
12. Inspección ocular que realiza la inspectora de policía, su secretaria y el señor Bernardo Arévalo Bustos funcionario de Planeación.
13. Boleta de citación dirigida al señor Jerónimo Jaramillo Socha.
14. Constancia mediante la cual se informa que los señores Lastenia Socha y Jerónimo

Jaramillo Socha suspendieron la obra después de notificados del auto que ordenó suspenderla por parte de Planeación.

15. Oficio mediante el cual devuelven las diligencias a Planeación por estar cumplidos los objetivos de la comisión.

### 2.3. Oficina de Planeación y Evaluación integral de Chía.

Afirma en primer lugar que no existe Resguardo Indígena en Chía, tal como se infiere del documento Conpes 131, Sistema General de Participaciones Asignación Especial para Resguardos Indígenas, por cuanto este Resguardo no existe en tal listado.

Conforme a lo anterior, asegura que el Esquema de Ordenamiento Territorial que tiene la comunidad indígena no está constituido legalmente porque la CAR no ha impartido su aprobación. Por lo tanto, se concluye que la construcción autorizada por el Gobernador infringió la Resolución No. 1574 de 2008 sobre la cota de los 2.700 metros.

Respecto a la autorización de la construcción por parte del Cabildo, la entidad accionada manifiesta que “esta decisión desconoce el proyecto de la EOT (Esquema de Ordenamiento Territorial) que tendría en su interior la comunidad Indígena por la expresa prohibición de construcción para vivienda en zona de protección y hace una relación de las normas presuntamente infringidas a saber: el literal c) del artículo 37 del Plan de Ordenamiento Territorial del Municipio de Chía, Acuerdo 017 de 2000, desconoce igualmente el inciso 3 numeral 2 del artículo 1 de la Resolución 1574 de 2008 de la CAR, en cuanto a que la construcción se ubica en la pendiente entre el 25% al 50% escarpado literal a)”.

En cuanto a lo relacionado con la respuesta a la petición radicada por los accionantes, manifestó que fue contestada el 28 de abril de 2010 y que responderán de fondo a la misma según lo establecido en la Ley 810 de 2003.

Igualmente, el juez de primera instancia, hizo dos preguntas concretas a la Oficina de Planeación y Evaluación Integral de Chía:

(i) “que explique a este Despacho qué estudios técnicos y científicos ha adelantado para determinar que la zona en comento es de alto riesgo (anexarlos a la contestación).”

La entidad respondió que el Gerente de Planeación por sus conocimientos geotécnicos y por su desempeño, sabe que la construcción allí planteada resulta riesgosa, valoración que se encuentra plenamente respaldada por el Informe Técnico suscrito por el Gerente de Infraestructura Ordenamiento Territorial del Municipio de Chía, el subsecretario de Ordenamiento y el Topógrafo.

(ii) “que informe a este Despacho qué Ley o norma le otorga jurisdicción para intervenir en los territorios indígenas.”

Manifestó la accionada que no está interviniendo los territorios indígenas, porque reitera, no existe Resguardo Indígena sino “comunidad indígena”. Afirma entonces, que su actuar está dentro de la jurisdicción de Chía por lo que resulta legítima su intervención, así mismo argumenta que si llegase a existir una comunidad indígena, no pueden proferir normas que sean contrarias a la Constitución y a las leyes. Fundamenta lo anterior en la Ley 810 de 2003 y la Ley 388 de 1997.

En cuanto al derecho de petición y el derecho a la vivienda digna expone la misma argumentación que la Alcaldía Municipal.

## II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

### 1. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Chía mediante sentencia de 14 de mayo de 2010, concedió la tutela deprecada por los accionantes con fundamentos en tres argumentos que pueden resumirse así:

Primero:

Que la Oficina de Planeación y Evaluación Integral no tiene jurisdicción para intervenir en el territorio indígena como lo hizo en el presente caso, pues al haber “suspendido la obra e iniciado un proceso a los accionantes por infracción urbanística por no tener licencia para construir, esta violando el debido proceso que se le debe garantizar a los miembros de la comunidad Muisca, pues cabe recordar que no se le puede exigir a los miembros de una comunidad indígena, el cumplimiento de leyes ordinarias que rigen a los ciudadanos que no poseemos una calidad especial como la tienen ellos”.

Segundo:

Frente al punto de la autonomía de las comunidades indígenas, el fallo destacó que “en virtud de la especial protección que otorga nuestra Carta a las comunidades indígenas, se reconoce la existencia de una jurisdicción especial con los rasgos propios de su cultura. Por lo tanto la accionada en comentario esta violando los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía indígena que le asiste a los accionantes y a la comunidad a la que pertenecen; por faltarle a ésta competencia para intervenir en el Resguardo Indígena de Fonquetá y Cerca de Piedra Chía, razón por la cual este Despacho debe recordar que, cualquier intervención que se pretenda hacer por parte de las entidades del Estado en las comunidades indígenas se debe hacer con previa consulta de sus autoridades.”

Tercero:

Que existe una violación al derecho a la vivienda digna por estar en conexidad con el mínimo vital, en tanto los accionantes además de estar desempleados, deben pagar un arriendo ante la imposibilidad de construir su propia casa. Concluye entonces, que efectivamente, las autoridades están lesionando el derecho fundamental “a la vivienda digna y a la igualdad que los indígenas accionantes deben tener ante sus congéneres indígenas, que poseen vivienda de conformidad con las normas, leyes y reglas del Resguardo Muisca; por lo que este Despacho tutelaré el derecho a la vivienda en condiciones dignas y de igualdad por encontrarse que les ha sido vulnerado por los accionados Alcaldía Municipal, Oficina de la Planeación y Evaluación Integral e Inspección Municipal de Chía Cundinamarca. No tutela el derecho de petición, por ser un hecho superado”

Ordena en consecuencia que la Oficina de Planeación y Evaluación Integral Municipal de Chía e Inspección Segunda de Policía de Chía, dejen sin valor ni efecto las actuaciones que adelantaron mediante las cuales suspendieron la construcción de la vivienda que desarrollaba LASTENIA SOCHA CASTAÑEDA y JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA en el área de terreno que les asignó la Comunidad Indígena a que pertenecen y para el efecto disponen de 48 horas hábiles contadas a partir de la notificación de la presente decisión, de conformidad con lo expuesto en la aparte motiva, debiendo allegar copia de la decisión a este proceso.

2. Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá, revocó el fallo anterior por considerar que no hay lugar a la vulneración del derecho de vivienda digna de los accionantes LASTENIA SOCHA CASTAÑEDA y JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA y deja incólumes las decisiones emitidas por la Oficina de Planeación y Evaluación Integral de Chía, por medio de la cual, se suspendió la construcción que estaban desarrollando los accionantes.

Las razones del ad quem se soportan en dos argumentos:

1. Está probado en el expediente que “no se puede en forma indiscriminada ir levantando construcciones aduciéndose tener un permiso de autoridad indígena, sin contar con los demás parámetros que establece la ley (que se desarrollan precisamente ajustándose al marco constitucional), máxime cuando no cuentan con el plan de ordenamiento territorial, como está acreditado no tenerlo la comunidad indígena de Chía, ya que debe primar los derechos fundamentales, pero sin olvidar que si bien es cierto los accionantes invocan la vulneración del derecho a la vida digna, la suspensión de la obra como se ha reiterado obedeció a una medida preventiva de la autoridad municipal en procura de garantizar la vida e integridad personal de los mismos accionantes y no por un capricho, como se puede apreciar de las pruebas allegadas, en las que se da de la problemática del lugar en construcción, la que no cumple con lo ordenado en la Resolución No. 1574 de 2008 emanada de la CAR, antes analizada y que debe ser de obligatorio cumplimiento, lo que no se presentó por parte de los accionantes y que este Despacho, respetuosamente, considera fue erróneamente interpretada por el juzgador de primera instancia.”

2. En el presente caso, se aprecia que los indígenas accionantes residen en otro lugar, incluso ni siquiera con la comunidad indígena a la que pertenecen sino en un barrio del Municipio de Chía, por ende, al suspenderse la obra no se les está causando un grave traumatismo, como trata de hacerse ver por los accionantes, por ello afirma que como juez constitucional, “debe tener en cuenta que una persona so pretexto de construir una obra no puede por acción u omisión afectar total o parcialmente su vivienda, hasta el punto de poner en riesgo su vida e integridad personal, por ello se deben tomar las medidas adecuadas para evitar que el riesgo persista, protección que es prioritaria cuando en la vivienda se encuentran sujetos de especial protección constitucional.”

Finalmente, cita en apoyo de sus asertos la sentencia T- 269 de 1996, para indicar que la

Corte Constitucional ha protegido la vida de los habitantes de una vivienda cuando se ha establecido con certeza que sí existe el riesgo de que ésta se derrumbe, total o parcialmente, y les afecte su vida e integridad.

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

#### 1. Competencia.

La Sala es competente para decidir el asunto de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 241, numeral 9o., de la Constitución y los artículos 33 y 34 del decreto 2591 de 1991.

#### 2. Problema Jurídico.

El problema jurídico suscitado en esta causa es el siguiente: la Oficina de Planeación y Evaluación Integral y la Alcaldía Municipal de Chía en conjunto con la inspección de Policía, ¿vulneran el derecho a la vivienda digna y a la autonomía indígena al haber suspendido la obra de construcción de vivienda de los accionantes Lastenia Socha y Jerónimo Jaramillo Socha, miembros de la comunidad indígena de Fonquetá y Cerca de Piedra de Chía?

#### 3. Asunto Previo.

Debe determinar la Sala, si los accionantes Lastenia Socha Castañeda y Jerónimo Jaramillo Socha ostentan la calidad de indígenas y si realmente pertenecen al Resguardo Fonquetá y Cerca de Piedra de Chía Cundinamarca.

Efectivamente, de los datos allegados al proceso se evidencia: (i) que mediante certificado expedido por el Ministerio del Interior y de Justicia Dirección de Asuntos Indígenas, se reconoce desde el 2006 por esa autoridad que existe una comunidad Indígena Muisca en Chía; (ii) que el Gobernador del Cabildo es el señor Pedro Milciades Socha Toro; (iii) obra en el expediente certificado de que los accionantes pertenecen al censo Muisca expedido por el Resguardo de Fonquetá y Cerca de Piedra de Chía Cundinamarca.

#### 4. Marco normativo de la diversidad étnica y cultural en la Constitución de 1991. Reiteración de jurisprudencia<sup>1</sup>.

La Asamblea Nacional Constituyente que dio origen a la Carta Política de 1991, consciente de las injusticias históricas sufridas por algunos grupos sociales tradicionalmente segregados 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, frente a 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 disímiles, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional<sup>2</sup>.

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"<sup>3</sup>, cuyas disposiciones sobre derechos de los pueblos y las personas indígenas hacen parte del bloque de constitucionalidad, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corporación<sup>4</sup>.

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 Estado<sup>5</sup>.

En efecto, 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<sup>6</sup>, 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.

A partir del marco constitucional expuesto, esta Corporación estableció en la sentencia T-380 de 19937 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”<sup>8</sup>.

Tal doctrina se mirará frente al caso concreto en el análisis que sigue.

## 5. Caso Concreto.

### 5.1. Síntesis de los hechos.

Los señores JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA y LASTENIA SOCHA CASTAÑEDA, instauraron acción de amparo por cuanto consideraron vulnerados sus derechos fundamentales de petición, a la vivienda digna y a la igualdad, supuestamente vulnerados por la Alcaldía Municipal de Chía y la Inspección Segunda de esa localidad. En el relato de la demanda se expusieron los supuestos fácticos que interesan a este caso: (i) en el Municipio de Chía existe una comunidad indígena Muisca, reconocida legalmente; (ii) el cabildo del gobernador del resguardo de la citada comunidad en uso de de sus atribuciones, mediante acta del 3 de enero de 2010, adjudicó un lote en calidad de usufructo a JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA; (iii) por ello, el señor PEDRO MILCIADES SOCHA, gobernador del Resguardo, autorizó a JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA la construcción de su casa lote dentro del resguardo, advirtiéndole del cumplimiento de todas las normas específicas para cimentación, muros de contención, manejos de agua y servicios; (iv) empero, iniciada la obra los accionantes fueron citados por

el Gerente de Planeación Municipal de Chía con el fin de dar apertura a la investigación preliminar por presunta infracción urbanística en la construcción sin licencia o con licencia pero por fuera de la norma, para lo cual fueron citados el 31 de marzo de 2010 a la Inspección Segunda de Policía para ser oídos en descargos, comunicándoles por parte de la Inspectora que debían suspender la obra mientras se resolvía la situación con Planeación.

Refirieron haber presentado un derecho de petición por intermedio de la Personería sin que se le hubiera dado respuesta de fondo a lo requerido. Conforme a lo manifestado por los accionantes en la tutela y en sus declaraciones, el juzgado de primera instancia procedió a vincular a la oficina de Planeación de Chía.

La abogada de la Alcaldía de Chía indicó que no se le ha vulnerado a los accionantes el derecho a la vida digna, ya que la administración lo que ha realizado son labores tendientes a protegerlos a fin de que no construyan en una zona de riesgo, al haber implantado una plancha en el cerro sin tener en cuenta las normas urbanísticas y al no solicitarse la licencia para la construcción ante Planeación, según fotos que se anexan; sumado al hecho que la accionante vive en condiciones dignas en una casa del barrio 20 de julio de Chía. Insiste en que lo que ha intentado es evitar una situación de desastre al intervenir en el uso del suelo y que, además, el resguardo carece del ordenamiento territorial; por ello prima el ordenamiento territorial del Municipio adoptado mediante el Acuerdo 017 de 2000.

El Gerente de la Oficina de Planeación y Evaluación Integral, señaló que no existe Resguardo Indígena en Chía, según se infiere en el documento Conpes 131 y en el esquema de ordenamiento territorial, ya que no está constituido legalmente porque la CAR no le ha impartido la aprobación, por tanto, la construcción autorizada por el Gobernador infringió la Resolución No. 1574 de 2008 sobre la cota de los 2.700 metros, para lo cual cita una serie de normas que se han vulnerado por parte del cabildo al permitir tal construcción y da cuenta, tal como refirió la representante de la Alcaldía, haber dado respuesta al derecho de petición.

Igualmente, aseveró que por los conocimientos geotécnicos y por su desempeño en el cargo, puede asegurar que la construcción resulta riesgosa, afirmación que halla respaldo en el informe técnico suscrito por el Gerente de Infraestructura del Ordenamiento Territorial de Chía, el Subdirector de Ordenamiento y el Topógrafo. Reitera que no se está interviniendo en

territorios indígenas porque no existe resguardo indígena sino una comunidad, que no puede proferir normas que sean contrarias a la Constitución y la ley, fundamentando lo resuelto en la Ley 810 de 2003 y 388 de 1997.

## 5.2. Análisis del material probatorio.

Teniendo en cuenta lo acontecido en este caso, la Sala constata la información que está en el material probatorio allegado al expediente y que puede dirigir la decisión que finalmente se adopte:

Una constancia expedida por el Ministerio del Interior y de Justicia, donde se hace constar la existencia de la comunidad indígena Muisca de Chía, reconocida en el año 2006 por la Dirección de Asuntos Indígenas, precisando que lo que se halla en el cerro de Chía es una comunidad indígena, concepto distinto a Resguardo Indígena, el cual sirvió de fundamento al juez de primera instancia para emitir el fallo sin conceptualizar su diferencia.

Se aclara entonces, por parte del Gerente de Infraestructura del Ordenamiento Territorial de Chía, que la comunidad indígena es el grupo o conjunto de familias de descendencia amerindia que tienen identidad y comparten valores de su cultura, así como las formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades. El Resguardo Indígena, en cambio, es un territorio reconocido, una propiedad colectiva de las comunidades indígenas a favor de las cuales se constituyen. Son una institución legal y socio política de carácter especial, conformado por una o más comunidades indígenas que poseen un territorio y que se rigen para el manejo de este y su vida interna por una organización amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio (art. 21 Decreto 2164 de 1995).

Para la categoría de Resguardo, la comunidad indígena de Chía apenas tramita una solicitud ante el Ministerio del Interior y de Justicia, oficina de asuntos indígenas, pues fueron reconocidos como parcialidad o comunidad indígena y no como Resguardo. También resalta el hecho de que la comunidad indígena de Chía no tiene esquema de ordenamiento territorial vigente, pues se encuentra a la espera de la aprobación de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR.

En la declaración rendida ante el Juez de segunda instancia por el señor Manuel Horacio

Pinilla Reyes, Gerente de la Oficina de Planeación, se advirtieron, entre otras circunstancias, las siguientes: (i) que la oficina de planeación procedió a intervenir “el proceso de construcción de la vivienda de los accionantes, debido a que se encuentra localizada en una zona de protección natural en prevención del riesgo que puede presentar la desestabilización del terreno por el socavamiento de la base del cerro y la inclinación del mismo”, aclarando que ello fue una medida de prevención de ese riesgo frente a la familia que se pretende localizar allí, precisando que aledaña a la obra de los accionantes no se encuentran otras edificaciones; (ii) en cuanto al requerimiento de qué entidad le había concedido permiso para la construcción a los accionantes, adujo que éstos no presentaron inicialmente ningún documento, pero posteriormente allegaron un supuesto permiso otorgado por el Gobernador de la comunidad, pese a que personalmente, en charla con el Gobernador, éste le dijo no haber dado autorización. Luego, en forma extraña, por medio del juzgado de primera instancia, se enteraron que los accionantes tenían un oficio con fecha anterior a las conversaciones que él sostuvo con el Gobernador.

Se lee en la declaración mencionada que la comunidad indígena asentada en Chía no cuenta con plan de ordenamiento vigente, ya que a la fecha no se ha generado la aprobación por parte de la oficina de asuntos ambientales de la CAR, ya que en caso de estar aprobado, éste haría parte del plan de ordenamiento del Municipio, trámite que aún no se ha iniciado como señala el artículo 224 del Acuerdo 17 del año 2000, que dice en su último inciso, que el ordenamiento territorial elaborado y adoptado por la comunidad indígena hará parte del plan de ordenamiento territorial de Chía.

De igual manera, destaca el documento, las gestiones que ha realizado la oficina de Planeación en Chía con la comunidad indígena del lugar, al punto de visitar a la comunidad concertando el apoyo del Municipio y poder elaborar el plan de vida que debe contener el ordenamiento y el desarrollo social de la comunidad.

No deja duda el informe relacionado que el lugar donde están construyendo los accionantes no es adecuado. Al tenor de la Resolución 1574 de 2008, donde se establecen las determinantes ambientales para la elaboración de planes de ordenamiento, se prevé claramente que no podrán ser objeto de desarrollo urbanístico los suelos con pendientes determinadas como escarpados y según la clasificación del IGAC, estos corresponden a pendientes superiores al 25% ; la señalada para el sitio en construcción es superior al 25%,

por lo tanto se considera que no puede ser objeto de desarrollo urbanístico como la edificación de vivienda.

-Igualmente, manifiesta que la Resolución 1547 de 2008 fue expedida por la CAR, la que debe ser acatada incluso por las comunidades indígenas con territorio, aclarando que en caso de debate ni siquiera la comunidad indígena de Chía aplica lo referente al territorio, toda vez que no se ha constituido como Resguardo.

La declaración anteriormente mencionada concuerda, no solo lo indicado por el Gerente de Planeación sino también con las pruebas adjuntas que demuestran que el sitio donde se inició la obra por los accionantes, se encuentra en una zona prohibida por lo decidido en la Resolución 1574 del 31 de julio de 2008, que señala en el artículo primero, párrafo segundo numeral 2.2.: Las áreas objeto de planes parciales en sectores de influencias de fenómenos de remoción en masa o procesos erosivos deberán contar con estudios geotécnicos de detalle, que permitan establecer la viabilidad y condiciones de la ejecución de la operación urbana .2.3 Las áreas objeto de planes parciales con relieves dentro de los rangos de pendientes establecidos en la Resolución 2965 del 12 de septiembre de 1995, de la clasificación del IGAC, señalada a continuación: Pendientes menores al 0-1%-Plano. Pendiente entre 1-3%- Ligeramente Plano. Pendiente entre 3-7%-Moderadamente inclinado. Pendiente entre 7-12%-Inclinado. Pendiente entre 12-25 Fuertemente Inclinado. Pendiente entre 25-50%-Escarpado. Pendiente mayor de 50%-Muy escarpado". En el literal a) se indica lo siguiente: "No podrán ser objeto de desarrollo urbanístico los suelos con pendientes determinados como escarpados y muy escarpados. Estos suelos deberán construir parte de los suelos de protección del área del plan parcial".

Para confirmar que el sitio donde empezaron a construir los accionantes no cumple los parámetros establecidos en la citada Resolución 1574, consta la ya mentada declaración del Gerente de la Oficina de Planeación de Chía y el informe suscrito por un ingeniero, un arquitecto y un topógrafo de la Gerencia de Ordenamiento Territorial e infraestructura del Municipio de Chía, que hacen un levantamiento topográfico del sector, coligiendo "que del borde de la vía al cerro y la parte más alta de la montaña existe una pendiente del 71.29%, lo que ubica el terreno en lo que la Resolución 1574 denomina como terrenos muy escarpados, lo que implicaría dar aplicación a lo normado en el literal a), inciso 30, numeral 2°, del artículo 1° de la referida resolución".

Se lee igualmente del oficio en comento, que de acuerdo a las “pendientes del terreno y los taludes generados, sería indispensable la estabilización de los mismos para evitar deslizamientos de tierra que afectan a las obras que se construyen allí, a la integridad de sus habitantes y a las personas que transitan por la vía del cerro”.

Por lo tanto, conforme al análisis en precedencia y al observar las pruebas, es evidente que el sitio donde se está construyendo es una zona de alto riesgo, no sólo para las personas que piensen residir allí sino también para los transeúntes del sector, situación que igualmente se pudo acreditar con las fotografías del área.

De los documentos allegados, se informa igualmente que al autorizarse la construcción de la casa en una pendiente, se incumplió con lo establecido en la Resolución No. 1574 de 2008 proferida por la CAR. El informe del topógrafo Orlando Torres de la Gerencia de Infraestructura y Ordenamiento Territorial de Chía, se concluye “que la pendiente entre el borde de la vía del cerro y la parte más alta de la montaña es de 71.29%”, por ello, de acuerdo a la citada Resolución, la obra estaría en la categoría de “terrenos muy escarpados”.

Da cuenta también el informe que se desconoció el artículo 224 del Plan de Ordenamiento Territorial de Chía (Acuerdo 017), donde se ordena que el esquema territorial indígena hará parte integral de éste y deberá armonizar con la Constitución y leyes especiales.

### 5.3. Fórmulas de solución al caso concreto.

Con tales precedentes, la Corte considera frente al caso concreto, lo siguiente:

-La jurisprudencia ha entendido que los principios de las comunidades indígenas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, a darse o conservar sus normas, costumbres<sup>10</sup>, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines<sup>11</sup>, pueden entrar en conflicto con otros principios de la sociedad mayoritaria, algunos de los cuales ostentan el rango de normas constitucionales<sup>12</sup>.

La solución de estos conflictos, ha sostenido la Corte, 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.

Además, ha resaltado la jurisprudencia, 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 sus miembros; 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.

Debido a que el presente caso plantea claramente un problema entre los derechos de la comunidad indígena a la autonomía y vivienda digna y el derecho que tiene el Estado de tomar medidas que amparen a todos los habitantes del territorio de peligros o amenazas en sus viviendas, la Sala expondrá los criterios establecidos por esta Corporación para la solución de los conflictos que normalmente se suscitan entre los derechos de las comunidades indígenas. La exposición se basa principalmente en el análisis de 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 las consideraciones efectuadas en las sentencias T-1253 de 2008 y T-514 de 2009 sobre los efectos de la intervención del juez de tutela en asuntos propios de las comunidades indígenas.

La Sala estima necesario entonces reiterar los principios y criterios desarrollados por la jurisprudencia constitucional para la solución de estos conflictos, indicando 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 justa para evitar que esa interacción se convierta en pretexto para intromisiones indebidas en asuntos propios de las comunidades.<sup>13</sup> 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 las divergencias.

Se advierte que los derechos fundamentales constituyen un límite que debe establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto, en la medida en que una incompatibilidad 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, los derechos de la comunidad indígena gozan de un peso mayor, *prima facie*, en virtud al principio de “maximización de la autonomía”<sup>14</sup>.

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.<sup>15</sup>

5.4. 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.

5.4.1. Principios generales de interpretación.

(i) Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)<sup>16</sup>: de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, sólo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas<sup>17</sup>. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad<sup>18</sup>.

(ii) 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 tensión<sup>19</sup>.

(iii) 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”.

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 lo harían. Tales decisiones deben ser respetadas por las autoridades del Sistema Jurídico Nacional.

Ahora bien, de la mano de los principios de interpretación, también la jurisprudencia ha decantado los ámbitos de aplicación de la limitación a la autonomía de las comunidades indígenas.

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 interjurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la ley

mencionada.<sup>20</sup>

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:<sup>21</sup>

“En efecto, el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) 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””.<sup>22</sup>

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<sup>23</sup>: 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3°; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas”. 24

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.<sup>25</sup>

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 1991<sup>26</sup>; de otro lado, la exigencia de previsibilidad no puede implicar la petrificación de las instituciones de las comunidades<sup>27</sup>:

“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...”<sup>28</sup>

5.5. 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 autoridades<sup>29</sup>:

“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”<sup>30</sup>

La doctrina ha concluido entonces, 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 Corte, 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<sup>31</sup>.

Frente a todo lo anterior, la Corte estima que la decisión que constitucionalmente corresponde frente al caso concreto es la siguiente:

Los derechos que se desprenden de la autonomía 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.<sup>32</sup> La solución de conflictos como el planteado sugiere 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.

Así, 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 puede ser 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.

Estima la Corte, que en el presente caso, no existe duda respecto a las razones por las cuales los entes accionados decidieron suspender la obra programada por los accionantes en el Municipio de Chía. Se evidenció que con la suspensión de la obra, el Municipio de Chía intenta una medida de prevención del riesgo que puede correr la familia que pretende asentarse allí, preservando claramente el derecho a la vida de los integrantes de la comunidad indígena y estableciendo una moratoria con el fin de darle tiempo a las autoridades indígenas, a la autoridad ambiental como es la CAR y al Municipio, para actuar de conformidad a lo establecido en las normas pertinentes, sin vulnerar en ningún momento los derechos a la vivienda ni a la legislación indígena.

En punto al derecho a la vivienda digna, la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas oportunidades para conceder el amparo en aquellos casos en los cuales la situación de una vivienda amenaza la vida e integridad de sus residentes o vecinos, por lo que el juez constitucional está obligado a tomar las medidas adecuadas para impedir que el hogar afectado se derrumbe.

La Observación general número 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

de las Naciones Unidas, citada por la Corte en reiterada jurisprudencia<sup>33</sup>, advirtió que “(...) la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.” Sobre este asunto, a propósito de las características implícitas en el concepto de la “habitabilidad” de la “vivienda adecuada”, vale la pena transcribir un aparte del argumento número 8 de la Observación citada:

“Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS (...)”.

Así, las dos piezas que conforman la “habitabilidad” son (i) la prevención de riesgos estructurales y (ii) la garantía de la seguridad física de los ocupantes. Tales criterios han sido aplicados por la Corte en abundante jurisprudencia de la que pueden citarse los siguientes casos:

Por ejemplo, en la sentencia T-1216 de 2004, se acudió a la tutela ante la construcción de una carretera que generaba riesgo de deslizamiento a una vivienda contigua; peligro que fue confirmado a través de un dictamen pericial decretado por el juez de primera instancia. La Corte destacó, que el amparo era procedente, atendiendo que la pretensión de la actora se dirigía a precaver el derrumbe de su casa y no a calcular los perjuicios o indemnizaciones que se hubieren generado por la obra. Concluyó entonces, que en orden a proteger los derechos invocados era necesario establecer, a través de los estudios geológicos pertinentes, la certidumbre o el grado de riesgo que el levantamiento de la carretera había producido sobre la vivienda.

Asimismo, en la sentencia T-325 de 2002, se estudió la solicitud de protección de varias personas que habían adquirido unas soluciones habitacionales de interés social que presentaban fallas estructurales y que exteriorizaban grietas, hundimientos y humedad, la Corte diferenció los diversos daños a los que se vieron sometidos los actores y también las acciones pertinentes para hacerle frente a cada uno de ellos en contra de la compañía privada de construcción y la administración municipal. En lo que se refiere a la acción de tutela, la Corte afirmó lo siguiente: “En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el daño individual que se busca prevenir y proteger a través del amparo excepcional de tutela se encuentra relacionado con el derecho fundamental a la vida de los individuos que se encuentran habitando los inmuebles que fueron definidos como de “afectación alta” y que amenazan un desastre inminente. El hecho de que las viviendas no se hayan derrumbado y no hayan ocurrido un suceso lamentable desde 1999, no descarta la posibilidad de que ocurra en el futuro. Precisamente las labores de prevención se encaminan a evitar que ocurran desgracias si existen elementos de juicio suficientes para suponer que un movimiento telúrico puede echar por tierra fácilmente las construcciones, ¿qué fundamento lógico hace que la sociedad constructora descarte la ocurrencia del fenómeno natural en el futuro, cuando la ciencia y tecnología actual no puede pronosticar el lugar, el tiempo, ni la intensidad de los temblores?”.

Casos semejantes se estudiaron en las sentencias T-626 de 2000 y T-190 de 1999. En los dos expedientes la solicitud de protección de los derechos fundamentales se presentó como consecuencia de la indebida ejecución de una obra pública que trajo como consecuencia la afectación de las viviendas de los accionantes, bien por presentar agrietamientos y fisuras o por la filtración de aguas negras. En la sentencia T-237 de 1996, la Corte Constitucional decidió que cuando una entidad afecta una vivienda hasta el punto de amenazar la vida de sus residentes, y éstos carecen de los recursos y capacidad necesarios para enfrentar temporalmente la situación, el juez de tutela deberá ordenarle a la entidad ‘tomar las medidas’ necesarias para evitar que tal amenaza persista. En la sentencia T-296 de 1996, se indicó que aunque el riesgo de ruina de las viviendas se debía a que éstas se encontraban ubicadas sobre una obra antigua deteriorada por el paso del tiempo, la Administración era responsable en buena parte de la amenaza a las viviendas porque (i) conocía la situación y el riesgo que ésta generaba, (ii) sabía qué medidas debía tomar y (iii) su omisión agravó el riesgo existente. Esta omisión se consideró aún más grave, teniendo en cuenta que en repetidas ocasiones los accionantes se habían dirigido a la Administración para informar de la

amenaza y el riesgo existentes, sin haber encontrado respuesta alguna.

Así pues, como se planteó en los antecedentes de este caso, la presente tutela sugiere un juicio de ponderación entre (i) el derecho y el deber de la administración pública de desarrollar todas las acciones administrativas necesarias y adecuadas encaminadas a prevenir y evitar riesgos y desastres naturales que tengan por causa la construcción y ubicación de viviendas en zonas de alto riesgo y (ii) de otro lado, la garantía de la vivienda digna de miembros de la comunidad indígena.

Ante la exigencia de armonización concreta de ambos derechos, la Sala considera que el mejor remedio constitucional es confirmar el fallo de segunda instancia que negó el amparo deprecado por considerar, que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos de los accionantes a la vivienda digna y la autonomía de los grupos indígenas; observa la Sala que ni aún maximizando el principio de autonomía podría soslayarse la obligación Social del Estado impuesta por la Constitución Política a todos sus habitantes incluyendo los grupos indígenas, de actuar como contrapeso a la libertad de las comunidades indígenas de construir en sus resguardos viviendas en zonas que amenazan riesgo y que seguramente terminan en desalojos posteriores de no tomarse las previsiones a tiempo.

En consecuencia, esta Sala dictará medidas que concilien los intereses en conflicto teniendo presente (i) que ninguna entidad estatal, sea del nivel nacional o territorial, puede permanecer indiferente a la obligación que se desprende del artículo 7º superior y de los demás artículos constitucionales, que desarrollan la exigencia constitucional de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y que vincula a todas las autoridades públicas sin excepción; (ii) que existen, sin embargo, derechos fundamentales que actúan como límites a la autonomía de las comunidades indígenas, como opera en este caso el imperativo estatal de preservar el derecho a la vida de los propios indígenas. Las medidas que la Corte adopta en su decisión, están dirigidas entonces al deber de apoyo, asesoría y solidaridad que las entidades territoriales deben brindar a los indígenas como grupos de especial protección constitucional.

Tales medidas son las siguientes:

(i) Que la Alcaldía del Municipio de Chía promueva una reunión o varias de ser menester, de concertación con los accionantes, en aras de que las medidas de suspensión en prevención

de los riesgos que pueda sufrir la familia que en la actualidad no está asentada en el lugar, concluyan en actuaciones de beneficio para la comunidad indígena y de efectividad en el ejercicio de la administración pública.

(ii) De conformidad con las leyes, normas y reglamentos que gobiernan la comunidad indígena y en coordinación con las autoridades de la comunidad Muisca, se contrate un estudio de suelos que le permita a los accionantes medir y sopesar los riesgos de su futura vivienda, para estar seguros o asumir los riesgos por fallas geológicas o desastres naturales que puedan generarse en virtud del tipo de terreno, de su pendiente y demás características que individualizan al área asignada a Jerónimo Jaramillo Socha por la comunidad indígena que pertenece.

(iii) El estudio corresponderá adelantarlo el profesional ingeniero de suelos que los accionantes contraten y deberá discutirse y confrontarse con las autoridades municipales a efecto de hallar la mejor solución al tema de la vivienda de los accionantes. Una vez obtenido ese estudio, tendrán que allegar copia al juez de primera instancia, al Alcalde del Municipio de Chía, al Gobernador del Resguardo y demás autoridades indígenas, antes de reanudar la construcción.

(iv) Instar a los accionantes y a la administración municipal, para que medien sus diferencias y tomen los correctivos del caso, a fin de determinar el sitio idóneo y seguro para la construcción de la vivienda asignada a los peticionarios y considerar la posibilidad de asignar otro terreno dentro del resguardo, en el cual no se ponga en riesgo sus vidas.

#### 5.6. Derecho de petición.

En relación con los derechos de petición reclamados por los accionantes, está probado que fueron debidamente respondidos, por lo que a este respecto, habrá un hecho superado y la Corte se abstiene de cualquier orden en ese sentido.

#### IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en segunda instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Zipaquirá que negó la tutela incoada por LASTENIA SOCHA CASTAÑEDA y JERÓNIMO JARAMILLO SOCHA, miembros del Resguardo Indígena de Fonquetá y Cerca de Piedra Chía, por considerar que no hubo violación a la autonomía de las comunidades indígenas ni al derecho a la vivienda digna.

SEGUNDO: Sin embargo, en orden a armonizar los intereses en conflicto evidenciados en la parte motiva de este fallo, se dictarán las siguientes medidas:

(i) Que la Alcaldía del Municipio de Chía promueva una reunión o varias de ser menester, de concertación con los accionantes, en aras de que las medidas de suspensión en prevención de los riesgos que pueda sufrir la familia que en la actualidad no está asentada en el lugar, concluyan en actuaciones de beneficio para la comunidad indígena y de efectividad en el ejercicio de la administración pública.

(ii) De conformidad con las leyes, normas y reglamentos que gobiernan la comunidad indígena y en coordinación con las autoridades de la comunidad Muisca, se contrate un estudio de suelos que le permita a los accionantes medir y sopesar los riesgos de su futura vivienda, para estar seguros o asumir los riesgos por fallas geológicas o desastres naturales que puedan generarse en virtud del tipo de terreno, de su pendiente y demás características que individualizan al área asignada a Jerónimo Jaramillo Socha por la comunidad indígena que pertenece.

(iii) El estudio corresponde adelantarlos el profesional ingeniero de suelos que los accionantes contraten y deberá discutirse y confrontarse con las autoridades municipales a efecto de hallar la mejor solución al tema de la vivienda de los accionantes. Una vez obtenido ese estudio, tendrán que allegar copia al juez de primera instancia, al Alcalde del Municipio de Chía, al Gobernador del Resguardo y demás autoridades indígenas, antes de reanudar la construcción.

(iv) Instar a los accionantes y a la administración municipal, para que medien sus diferencias y tomen los correctivos del caso, a fin de determinar el sitio idóneo y seguro para la construcción de la vivienda asignada a los accionantes y considerar la posibilidad de asignar otro terreno dentro del resguardo que no ponga en riesgo sus vidas.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado Ponente

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La sentencia T- 514 de 2009, hizo un amplio recuento sobre el tema y por eso se reiteran los acápites más importantes.

2 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.

3 Aprobado en Colombia mediante Ley 21 de 1991.

4 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.

5 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.

6 Sentencia T-704 de 2006

7 Reiterada recientemente en la sentencia T-514 de 2009

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 indígenas<sup>8</sup> (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”.

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> Cfr. Artículo 246, Constitución Política.

<sup>11</sup> 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.

12 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.<sup>12</sup> Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (C.P., artículo 2°), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (C.P., artículos 1° y 2°) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (C.P., artículos 13 y 70).

13 “...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.

14 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.

15 cfr. Sentencia T-292 de 2006.

16 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)”.

17 “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.

18 *Ibíd.*

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

20 “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 dicha 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.

21 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”.

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

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

24 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.”

25 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.”

26 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

27 La expresión costumbres, del artículo 246, no es entonces idéntica a la costumbre como fuente de derecho, que supone la repetición inveterada de una práctica social específica. Lo

previsible puede derivarse de nuevas formas jurídicas adoptadas por la comunidad en virtud de su interacción con otras culturas y con el Sistema Jurídico Nacional.

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

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

31 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.

32 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.

33 Tesis recogida recientemente en la sentencia T-473 de 2008.