



CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA
PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO LEGISLATIVO
Oficina de Asistencia Técnica Legislativa

ASUNTO:	<i>Estudio de Antecedentes</i>
TEMA:	<i>Jurisdicción Especial Indígena</i>
SOLICITANTE:	<i>Comisión Primera del Senado</i>
PASANTES A CARGO:	<i>Miguel Darío García Polanco</i>
MENTOR A CARGO:	<i>Dr. Álvaro Forero Navas</i>
FECHA DE SOLICITUD:	<i>29 de septiembre de 2003</i>
FECHA DE ASIGNACIÓN:	<i>15 de marzo de 2004</i>
FECHA DE CONCLUSIÓN:	<i>9 de julio de 2004</i>

BREVE DESCRIPCIÓN DE LA SOLICITUD

El presidente de la Comisión Primera del Senado, Dr. Luis Humberto Gómez Gallo, solicitó a la Oficina de Asistencia Técnica Legislativa (OATL), por iniciativa del Honorable Senador Jesús Piñacué Achicué, un estudio de antecedentes sobre el desarrollo del artículo 246 de la Constitución Política, acerca de la jurisdicción especial indígena y la ley de coordinación entre esta y el sistema judicial nacional.

RESUMEN EJECUTIVO

1. Antecedentes

El artículo 246 de la Constitución Política establece: “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.”

Pues bien, del texto constitucional se desprende la pertinencia de desarrollar legalmente el tema de la jurisdicción especial indígena y su coordinación con las demás autoridades judiciales nacionales.

El reconocimiento constitucional a las culturas aborígenes y a las autoridades de los pueblos indígenas se enmarca dentro de la concepción y defensa del pluralismo jurídico, entendido como la convivencia y concomitancia de distintos sistemas normativos coactivos, que tienen su origen en prácticas y creencias culturales diversas y que pueden coexistir en el ámbito de un mismo Estado.

No obstante el reconocimiento expreso al pluralismo jurídico, conviene subrayar que las “normas y procedimientos” aplicados por las autoridades indígenas no podrán ser contrarios a la Constitución y leyes de la República y, por ende, deberán respetar los derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, a través de numerosas sentencias que aquí serán referenciadas, ha desarrollado diferentes criterios que definen la extensión del derecho colectivo a la diversidad cultural y su interrelación con los derechos y garantías individuales, así como el ámbito de la jurisdicción especial indígena.

2. La consulta previa, como mecanismo de participación de los indígenas.

Con respecto a la consulta previa consagrada en el Convenio 169 de la OIT, ratificado mediante la Ley 21 de 1.991, establece en el artículo 6 que: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio (cuyo objeto es proteger los derechos de los pueblos indígenas y garantizar el respeto de su integridad) los gobiernos deberán:

A) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;”.

En este caso particular, el estudio se permite hacer las siguientes precisiones:

1. El Decreto 1397 de 1.996, Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, desarrolló las normas contenidas en el Convenio de la OIT, Ley 21 de 1.991.
2. En el artículo 1. del mencionado decreto, se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas.
3. El artículo 10. del Decreto 1397, crea la “Mesa permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, adscrita al Ministerio del Interior”.
4. El artículo 11. del Decreto en mención establece: “Objeto. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.” (subrayado nuestro).
5. De conformidad con los numerales anteriores existen unos espacios institucionales de consulta y concertación sobre aquellos temas que afecten los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Esos espacios son la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación adscrita al Ministerio del Interior, sin perjuicio de las consultas directas a las comunidades indígenas realizadas a través de sus propias organizaciones.

6. No obstante, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-169 del 2,001 (magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz), se pronunció expresamente sobre el tema de las consultas previas a las comunidades indígenas, cuando se tramiten proyectos de ley que afecten a dichas comunidades. Sobre el particular manifestó la Corte:

"Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). (...)

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

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

(...) esta Corporación afirmó, (...), que el Convenio 169 de la O.I.T. conforma, junto con el artículo 40-2 Superior, un bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta. Pero por lo demás, no existe disposición constitucional alguna que se refiera a la consulta previa en casos diferentes al mencionado; vale decir, la Constitución guarda silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

(...)

Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. (Subrayado nuestro). En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura.

En conclusión, no se puede afirmar que el proyecto de ley estatutaria bajo revisión deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba. (subrayado nuestro) Está por fuera de toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos 153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los

que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del Legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.).”

8. El artículo 152 de la C.P. de Colombia dispone que el Congreso de la República, mediante leyes estatutarias, regulará las siguientes materias:

b) “Administración de Justicia”. Debido a que el proyecto de ley sobre jurisdicción especial indígena se refiere a la organización y funcionamiento de la administración de justicia, se requiere tramitarlo como ley estatutaria, lo que implica su adopción mediante mayoría absoluta, dentro de una sola legislatura y además requiere la revisión previa por parte de la Corte Constitucional.

3. Antecedente legislativo

Proyecto de ley No 35 de 2003, Senado Por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.

El presente resumen ejecutivo se centrará en la formulación de comentarios al proyecto de ley estatutaria No. 35 del 2003 (Senado), en particular al estado del mismo luego de la ponencia que para primer debate rindió el senador Carlos Gaviria Díaz. De otra parte, se efectuarán anotaciones acerca del tema de la llamada “consulta previa” a las comunidades indígenas y al carácter estatutario de la ley que regule y desarrolle el artículo 256 de la C. P.

En tal sentido, los hallazgos que el estudio considera más importantes de subrayar son los siguientes:

1. El proyecto de ley pretende desarrollar la norma constitucional (artículo 246 de la C.P.), en el sentido de generar los enlaces institucionales de coordinación entre la jurisdicción nacional y la jurisdicción especial indígena.

2. La protección de la diversidad étnica y cultural encuentra un punto de apoyo en el reconocimiento del pluralismo jurídico, pero plantea, al mismo tiempo, “contradicciones y tensiones con la jurisdicción ordinaria” (Ponencia para primer debate al proyecto de ley 35 de 2.003. Ponente: Senador Carlos Gaviria Díaz).

3. Se requiere de “la coordinación y coexistencia pacífica de diversas concepciones del mundo que puedan ser antagónicas.” (Ibidem). Para cada etnia o cultura las concepciones de justicia, de castigo, de libertad, etc., pueden ser diversas y, precisamente, por serlo, requieren mecanismos de coordinación.

4. La convivencia de cosmovisiones diversas y aún de sistemas jurídicos e instituciones diferentes, se apoya, a su vez, en los principios de tolerancia, diversidad, respeto a la diferencia y pluralismo.

5. El proyecto busca, según el ponente, “promover la descentralización y autonomía de las autoridades indígenas con el fin de que estas tengan la capacidad de dirigir la vida de sus semejantes en concordancia con las particularidades que las caracterizan.” (Ibidem).

6. Se considera que el proyecto de ley es desarrollo de los artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 10, 13, 29, 70, 92, 116 y 246 de la C. P.; el convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1.991 y la Ley 270 de 1.996.

7. El ponente incurre en un error involuntario, pues en la ponencia propone que en el artículo 2 se elimine “la palabra ‘ancestrales’ pues se entiende que los usos y procedimientos de las comunidades indígenas son dinámicos y pueden cambiar en cualquier momento...”; sin embargo, en el pliego de modificaciones se mantiene la palabra “ancestrales” en los artículos 2 y 10.

8. El proyecto (artículo 2) menciona los “elementos constitutivos de los pueblos indígenas”: “Una comunidad de origen, de creencias y valores; un sentimiento de identidad subjetivo” y “un conjunto de instituciones sociales que regulan el comportamiento de los miembros de la comunidad o del grupo dentro del ámbito público.”

9. La ponencia considera indígenas a los miembros de los pueblos “descendientes de los pobladores originarios de América” independientemente de si lo son por nacimiento o adopción, e “independientemente de si tienen su domicilio en un determinado territorio indígena.”

10. El ponente elimina del artículo 4º del proyecto de ley la parte “que hace referencia a las funciones administrativas de las autoridades indígenas”, pues la Constitución Política “sólo hace referencia a la facultad de administrar justicia.”

11. El proyecto busca la “maximización de autonomía y minimización de la intervención del Estado en la administración de justicia por parte de las autoridades indígenas.”

12. El ponente reitera, en el artículo 4 del proyecto, la autonomía judicial de las autoridades indígenas, pero incluye expresamente que “en ningún caso se podrá violar el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y de tortura, ni el debido proceso”.

13. No parecen muy concordantes la redacción del inciso 2 del artículo 4 del pliego de modificaciones, con el contenido del artículo 5 del mismo. Es decir, no resulta clara la preeminencia que se le da al debido proceso como marca de toda actuación judicial, con la referencia a que el debido proceso en las comunidades indígenas lo constituye la observancia de las normas, usos y costumbres de la misma comunidad.

El punto de dificultad está relacionado con lo que la Corte Constitucional ha manifestado (Sentencia C -139/96), en relación con el conflicto entre los derechos individuales con el derecho colectivo a la singularidad cultural. En otras palabras, la Corte declara: “...las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.” Es decir, la Corte considera que los derechos fundamentales pueden tener preeminencia, pero tal preeminencia debe ser resuelta teniendo en cuenta: “...las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la “justicia del caso concreto” de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.”

En virtud de lo anterior, consideramos innecesario y aún inconveniente la inclusión del artículo 5 del pliego de modificaciones, el cual no estaba previsto en el proyecto original. El texto original, en nuestro criterio más adecuado (salvo la expresión “y administrativas”), establecía: “Artículo 5. Debido proceso. Las autoridades de los pueblos indígenas autónomamente aplicarán en sus actuaciones judiciales y administrativas los usos, costumbres, normas y procedimientos garantizando a las partes el ejercicio pleno de sus derechos. Los pueblos indígenas podrán establecer instancias para la revisión de las decisiones de sus autoridades con el fin de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.”

14. En el artículo 6º del pliego de modificaciones, sobra la expresión “y de aquellos que no siendo indígenas lo sean por adopción en los términos de esta ley”, como quiera que el acceso a la justicia es un derecho igualitario para todos los habitantes del territorio nacional.

15. El artículo 8 del pliego de modificaciones es reiterativo y podría, en consecuencia, ser suprimido.

16. Resulta importante resaltar los factores que determinan las competencias jurisdiccionales de

las autoridades indígenas, según el proyecto original y el pliego de modificaciones del senador Piñacué. Hay que advertir que existen diferencias entre ambos. En primer lugar, el pliego de modificaciones enuncia los siguientes factores de competencia: (artículo 11°) a) “la existencia de la autoridad indígena que reclame el conocimiento del asunto” (subrayado nuestro); b) “la pertenencia o vinculación por adopción a un pueblo indígena de la persona a quien se le imputa un hecho o que tenga interés en el asunto objeto de la actuación judicial” y c) “que la conducta se haya realizado dentro del territorio indígena”. La expresión subrayada no es del proyecto original, pero parece conveniente el aporte del Senador Gaviria, para efectos de evitar la impunidad y estimular progresivamente el accionar de la jurisdicción especial indígena. El pliego de modificaciones también limita el conocimiento de asuntos a las autoridades indígenas, a aquellos que se presenten entre indígenas, ya sean por nacimiento o adopción, excluyendo aquellos asuntos sucedidos “entre indígenas y otros nacionales vinculados social, cultural y familiarmente a la comunidad”, como establecía el proyecto original.

17. El proyecto original y el pliego de modificaciones contemplan que las autoridades indígenas (artículo 11, numeral 2, inciso 3 del pliego de modificaciones): “También conocerán de los casos suscitados entre indígenas por fuera de su ámbito territorial. En estos casos las Autoridades del Sistema Judicial Nacional notificarán a la Autoridad Indígena correspondiente para que ésta decida si asume o no el caso.”

18. El pliego de modificaciones incluyó un numeral 3, dentro del artículo 11, con unas “Reglas especiales” de competencia que no estaban contempladas dentro del proyecto original.

19. El literal a), del numeral 3, del artículo 11, del pliego de modificaciones referente a las reglas de Competencia (reglas Especiales), es innecesario a la luz de lo dispuesto en el artículo 33 del Código Penal y el artículo 378 del Código de Procedimiento Penal.

20. Igualmente el numeral 1, del literal b), del numeral 3°, del mismo artículo es innecesario por ausencia de tipicidad.

21. El numeral 2 reglas especiales (“Si la falta está contemplada en el ordenamiento nacional, pero no en la jurisdicción indígena”), conocerá la Autoridad Judicial Nacional., del mismo literal b) también es superfluo pues la conducta queda cobijada dentro del ordenamiento jurídico nacional.

22. El numeral 3, del mismo literal b) es contradictorio con los factores de competencia previstos en el numeral 1, del artículo 11 del pliego de modificaciones, al extenderle a la autoridad indígena la competencia para conocer de infracciones cometidas por no indígenas.

23. El literal c), del numeral 3, del artículo 11 del pliego de modificaciones, por medio del cual se atribuye a la jurisdicción nacional el conocimiento de las faltas cometidas por un no indígena en contra de un indígena, por fuera de un territorio indígena, es innecesario por cuanto se trata de una situación que cae dentro de las reglas generales de competencia.

24. El ponente adiciona un inciso 2, al numeral 2, del artículo 12 del pliego de modificaciones, en el que se establece que en caso de duda sobre la competencia de la autoridad judicial nacional o indígena, debe resolverse a favor de la jurisdicción indígena. Parece contradictorio con el concepto de conflicto de competencia el establecer una duda a favor de una determinada jurisdicción.

4. Antecedentes Jurisprudenciales

La Corte Constitucional ha efectuado diversos pronunciamientos sobre los temas relacionados con las comunidades indígenas, lo que ha permitido una comprensión mejor de su autonomía, de su identidad cultural, y de sus valores.

Las principales sentencias proferidas por la Corte y los aspectos más importantes sobre los que ella se ha pronunciado son:

a. Sentencia T-254 de 1994¹ (Criterios de interpretación para resolver conflictos valorativos)

La Corte mediante sentencia T 254 de mayo 30 de 1994, estableció que las autoridades indígenas poseen la atribución constitucional de administrar justicia, dentro de su ámbito territorial, teniendo en cuenta que los usos y costumbres no sean contrarios a la constitución y a las leyes.

Sin embargo, en desarrollo de la administración de justicia, al momento de aplicar dichos usos y costumbres pueden surgir conflictos valorativos y de interpretación entre el orden nacional y el orden especial que rige las comunidades indígenas.

La solución que propone la Corte constitucional para resolver estos conflictos valorativos y de interpretación, consiste en reglas de interpretación como:

A mayor conservación de usos y costumbres mayor autonomía:

De acuerdo con este criterio de interpretación debe hacerse una distinción entre los pueblos indígenas que conservan aún sus usos y costumbres de aquellos grupos indígenas que no los conservan. Desde este punto de vista, los pueblos que poseen sus usos y costumbres vigentes se regirán por ellos y aquellos que no los conservan se regirán por las leyes de la República.

Los derechos fundamentales constituyen los mínimos obligatorios de convivencia para todos los particulares

En este criterio de interpretación se tendrán en cuenta los derechos fundamentales, que constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural, es decir, la autonomía jurisdiccional de las autoridades indígenas está limitada por los derechos fundamentales del individuo.

Las normas legales imperativas priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural

Sobre los usos y costumbres de los pueblos indígenas priman las normas constitucionales, lo cual indica que dichos usos y costumbres no deben vulnerar valores constitucionales superiores.

Los usos y costumbres imperativas priman sobre las normas legales dispositivas

Este criterio garantiza el respeto del pluralismo y la diversidad cultural, es decir, con este criterio de interpretación priman los usos y costumbres tradicionales de los pueblos indígenas, cuya aplicación está garantizada por el artículo 246 de la Constitución de 1991.

Estos criterios de interpretación son esenciales para la efectiva administración de justicia de las autoridades de los pueblos indígenas, criterios que han sido desarrollados por la jurisprudencia y que no deben dejarse de lado al momento de presentar el proyecto de ley estatutaria de la jurisdicción especial indígena.

b. Sentencia C-139 de 1996² (La Jurisdicción Especial Indígena)

¹ Sentencia T-254 de Mayo 30 de 1994, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

² Sentencia C-139 de Abril 9 de 1996, Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

A través de esta sentencia la Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890, la cual utilizaba la expresión “salvajes” para referirse a los miembros de las comunidades indígenas no integrados al modo de vida de la cultura nacionalmente predominante.

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta el contenido de los artículos 7° y 246 de la Constitución Política de 1.991, reafirma el pluralismo jurídico y, en consecuencia, el derecho colectivo a la diversidad cultural de los pueblos indígenas.

Ahora bien, la Corte constitucional considera que para desarrollar el artículo 246 de la C.P., sobre jurisdicción especial indígena, hay que tener en cuenta: “...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. Sentencia T-349 de 1996³ (Límites a la jurisdicción especial indígena)

La Corte consideró a través de esta sentencia que el intérprete de la ley deberá tener en cuenta la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de las restricciones para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

Esta regla supone, según la Corte, que al momento de 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 siempre que se cumplan estas condiciones:

1. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía.
2. Que se trate de una medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Este tema abordado por la Corte es fundamental desde el punto de vista de las garantías procesales. Los tribunales indígenas, al procesar a los miembros de la comunidad, deben cuidar el no vulnerar principios fundamentales como el debido proceso, el cual constituye una de las características esenciales de toda jurisdicción, a fin de no incurrir en vías de hecho.

d. Sentencia T-496 de 1996⁴ (Fuero indígena)

Al respecto la Corte Constitucional, consideró que el fuero indígena constituye el derecho que tiene el individuo a ser juzgado por su propia comunidad aplicando las leyes consuetudinarias de sus antepasados.

Sin embargo, la Corte argumenta que, en el desarrollo de la jurisdicción, pueden presentarse conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional. Para solucionar estos conflictos la Corte recomendó tener en cuenta dos aspectos fundamentales:

³ Sentencia T-349 de Agosto 8 de 1996, Magistrado ponente Dr. Carlos Gaviria Díaz

⁴ Sentencia T-496 de septiembre 26 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

- a. **Carácter personal:** este elemento determina si el individuo debe ser juzgado por las normas y procedimientos de la jurisdicción indígena en tanto el individuo esté vinculado a la comunidad indígena que lo va a juzgar.
- b. **Carácter geográfico:** Este carácter le permite a las autoridades indígenas juzgar al indígena que cometa la conducta dentro del territorio de la comunidad.

Se trata entonces de fuero personal y un fuero territorial, que constituyen los criterios esenciales para determinar la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas para adelantar un juicio a los individuos que estén vinculados como indígenas a su comunidad.

e. Sentencia SU- 510 de 1998⁵(Alcance del principio de diversidad étnica, Autonomía de las autoridades tradicionales, Límites a la autonomía, sanción por adopción de credo distinto)

La Corte Constitucional en su providencia, argumenta que el alcance de la diversidad cultural obedece a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. La Constitución colombiana le permite al individuo desarrollarse con base en sus diferencias específicas y sus valores étnicos y culturales propios del grupo social al cual pertenece. Este aspecto se ve realizado en los principios de diversidad étnica y cultural consagrados en el orden constitucional colombiano.

Así mismo los principios constitucionales de diversidad étnica y cultural, proporcionan a los pueblos indígenas un status especial el cual se manifiesta en el ejercicio de facultades normativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de acuerdo con sus usos y costumbres, los cuales son una manifestación de sus valores étnicos y culturales.

Esto también se traduce en la posibilidad de que los pueblos indígenas tengan la suficiente autonomía para designar sus propias autoridades, para que regulen su interacción social dentro de su entorno cultural.

La Corte argumentó que a mayor conservación de los usos y costumbres mayor autonomía⁶, sin dejar de lado las normas constitucionales de mayor entidad.

Esto significa que la jurisdicción especial indígena podrá desarrollarse con los usos y costumbres específicos de cada pueblo indígena siempre que tales usos y costumbres ancestrales no sean contrarios a la constitución y a las leyes.

f. Sentencia C--169 de 2,001⁷(La consulta a los pueblos y comunidades indígenas en las decisiones que afectan sus condiciones de vida)

Un aspecto de relevante importancia, al momento de presentar un proyecto de ley estatutaria, particularmente sobre la administración de justicia, de acuerdo con lo requerido por el artículo 230 de la Constitución Política, es si debe consultarse previamente a quienes serán los destinatarios de la ley teniendo en cuenta que dicha ley afectará la vida social de la comunidad.

La Corte analizó los alcances de la consulta previa y concluyó que tal consulta no reviste carácter obligatorio sino en las específica hipótesis previstas en el párrafo del artículo 330 de la C.P., relativa a la explotación de recursos naturales.

⁵ Sentencia SU- 510 de Septiembre 18 de 1998 Magistrado ponente Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

⁶ Sentencia T- 254 de Mayo 30 de 1994, Magistrado Ponente: Dr Eduardo Cifuentes Muñoz

⁷ Sentencia C-169 de Febrero 14 de 2,001, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

g. Sentencia T- 239 de 2002⁸ (Coordinación y cooperación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena)

La sentencia de la Corte Constitucional T- 239 de 2002, se refirió a la potestad sancionatoria de las autoridades indígenas y la cooperación de la justicia ordinaria en la ejecución de las penas privativas de la libertad.

El problema jurídico que plantea la Corte Constitucional es, si la jurisdicción indígena, que impuso a uno de los suyos una condena consistente en privación de la libertad, puede disponer que ésta se purgue en un establecimiento de la justicia ordinaria.

Esta sentencia de tutela constituye uno de los antecedentes judiciales más importantes que desarrollan la coordinación y cooperación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, en donde las autoridades de la jurisdicción ordinaria tienen el deber de colaborar con la administración de justicia de manera coordinada y con un alto grado de inmediatez con respecto a las necesidades que tengan las autoridades indígenas con ocasión al desarrollo de la administración de justicia.

h. Sentencia C – 370 de 2002⁹ (La inimputabilidad por razones de diversidad cultural)

La Corte Constitucional declaró exequible la expresión diversidad socio-cultural del artículo 33 de la ley 599 de 2000(Código Penal) aclarando que debe entenderse que la inimputabilidad no se deriva de la incapacidad sino de “cosmovisiones diferentes”.

De otro lado declaró inexecutable los artículos 69, numeral 4 y el artículo 73 de la ley 599 de 2000 (Código Penal) por considerar que estas normas penalizan la diversidad cultural contrariando el orden constitucional.

El artículo 378 de la ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal) fue declarado inconstitucional porque la corte consideró que al regular medidas para inimputables cuando se trata de indígenas inimputables por diversidad Socio-cultural, se dispondrá de una medida de protección, si un perito así lo aconsejare, la reintegración a su medio Social.

La corte concluyó que la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural es Exequible bajo el entendido de que la declaración de inimputabilidad y la medida de seguridad no tengan un carácter sancionatorio ni de cura o rehabilitación sino exclusivamente de tutela o protección porque la diversidad cultural no puede criminalizarse.

5. Legislación extranjera sobre la jurisdicción especial indígena por país.

El estudio analizó la estructura de la jurisdicción especial indígena de distintos ordenamientos latinoamericanos, desde el punto de vista constitucional y legal.

a. Constitución de Argentina (1994)

Esta Constitución no tiene aspectos muy relevantes para la jurisdicción especial indígena. Se preocupa más por garantizar la participación de las comunidades indígenas en las gestiones sobre recursos humanos y demás asuntos que puedan afectarlas (artículo 75).

b. Constitución de Bolivia (1967)

La Constitución Boliviana, en su artículo 171, concede facultades jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades indígenas para administrar justicia de acuerdo con sus propios usos y costumbres, en la medida en que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes. El

⁸ Sentencia T- 239 de Mayo 4 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra

⁹ Sentencia C – 370 de Mayo 14 de 2002 Magistrado Ponente Dr. Eduardo Montealegre Lynett

artículo finaliza diciendo que la ley hará que las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas sean compatibles con las atribuciones de los poderes del estado.

c. Constitución de la República Federativa de Brasil (1988)

El artículo 109 numeral IX, de esta Constitución contempla que los conflictos suscitados entre los indígenas serán resueltos por los jueces federales.

El estado brasilero no concibe la existencia de un tribunal especial conformado por autoridades indígenas sino que delega esta jurisdicción y competencia a los jueces federales. Sin embargo en el artículo 231 el Estado brasilero reconoce a los indígenas su organización social, la conservación de sus costumbres y los derechos originarios sobre sus tierras.

El artículo 232, faculta a las comunidades indígenas para hacerse parte en juicios, a fin de defender sus derechos e intereses interviniendo ante el Ministerio Público.

d. Constitución de la República del Ecuador (1996)

El artículo 84 se refiere a los derechos colectivos de los pueblos indígenas ecuatorianos. El numeral 5, se refiere a que las comunidades indígenas serán consultadas sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos renovables que puedan afectarlos ambiental y culturalmente. El numeral 7, les confiere el ejercicio de la autoridad de acuerdo con sus formas tradicionales de convivencia y organización. El artículo mencionado contempla dos aspectos fundamentales: uno, la consulta y la participación de los indígenas en las decisiones que puedan afectarlos y dos, otorga a los indígenas la facultad de regirse por sus propias normas y procedimientos.

e. Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917)

El artículo 2° de esta Constitución reconoce la composición pluricultural del Estado Mexicano, la cual está sustentada en la existencia de los pueblos indígenas. De acuerdo con Carlos Alberto Durand Alcántara, esta afirmación se ubica dentro de un contexto cultural y se propone darle una connotación más política y económica, para permitir que estos pueblos indígenas sean capaces de forjar su propio desarrollo¹⁰.

En cuanto a la autonomía de los pueblos indígenas, ésta no ha tenido, dentro del Estado Mexicano, un amplio desarrollo para que tales pueblos puedan desarrollar su propio destino.

Colombia, a diferencia del Estado Mexicano, otorga facultades jurisdiccionales a los pueblos indígenas, para que puedan autorregularse como una comunidad respetando los derechos fundamentales, aplicando sus usos y costumbres.

f. Ley de justicia indígena del Estado de Quintana Roo, P. O. 14 de agosto de 1997, México.

La citada ley establece el sistema de justicia indígena para resolver las controversias jurídicas que se presenten entre los miembros de los pueblos indígenas, las cuales se van a ventilar ante el Tribunal Superior de Justicia del Estado. La jurisdicción y competencia recae sobre los tribunales superiores de justicia y no sobre las autoridades indígenas, lo cual evidencia que los pueblos indígenas no gozan allí de autonomía para conocer los conflictos en que se vean involucrados los miembros de su comunidad.

¹⁰ Durand Alcántara, Carlos. Derecho Indígena. Ed. Porrúa, México, 2002.

El Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 6 de la Ley de Justicia Indígena, administrará justicia con el respeto a los usos y costumbres propios de la cultura étnica de los pueblos indígenas.

El Tribunal Superior Indígena tiene la facultad de nombrar jueces tradicionales y magistrados en asuntos indígenas, cargos que recaerán sobre los miembros más respetables de la comunidad que tengan un amplio conocimiento de los usos y costumbres de la comunidad, que dominen el idioma y que no tengan impedimentos. Estos jueces tradicionales y magistrados, aplican los usos y costumbres para dirimir las controversias suscitadas entre los miembros de su comunidad, con la observancia del orden constitucional en lo atinente a derechos humanos. Esta ley concibe una etapa conciliatoria donde mediarán, tanto los jueces tradicionales como los magistrados, con el objeto de dirimir el conflicto, siempre que sus usos y costumbres así lo permitan. En caso de que no exista acuerdo, los interesados pueden recurrir a los tribunales competentes para dirimir dicho conflicto.

La Ley de Justicia Indígena organiza la jurisdicción indígena, respetando sus usos y costumbres, limitando dicha aplicación de normas tradicionales, al respeto de los derechos humanos.

g. Constitución de Nicaragua (1986)

El artículo 89 de esta Carta Constitucional faculta a los pueblos indígenas a dotarse de su propia organización social y administrar sus asuntos locales de acuerdo con sus usos y costumbres. El artículo 180 igualmente le permite a estas comunidades la facultad de elegir libremente a sus autoridades de forma autónoma y con base en el principio de diversidad étnica.

La constitución prevé la organización de un régimen de autonomía que contendrá las atribuciones de los órganos de gobierno, su relación con el poder ejecutivo, legislativo y con los municipios.

h. Ley 19.253 de 1993 “Sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas”, Chile

El artículo 54 establece que la costumbre constituye derecho siempre que no vulnere normas constitucionales. Así mismo, la costumbre se tendrá en cuenta en asuntos penales cuando sirva como antecedente para aplicar eximentes o atenuantes de responsabilidad.

El ente competente para conocer de los conflictos entre miembros de las comunidades indígenas son los jueces ordinarios quienes deberán hacer uso de interpretres.

El principio de autonomía en este ordenamiento jurídico chileno es bastante limitado, ya que los conflictos indígenas se ventilan ante un juez ordinario y no ante las propias autoridades indígenas, como lo propone el convenio de la OIT.

i. Constitución del Paraguay (1992)

La Constitución paraguaya de 1992, prevé en el artículo 63 la jurisdicción especial indígena donde sobresalen elementos como aplicación de sus propias normas y procedimientos consuetudinarios para regular su vida interior siempre que estén conforme a los parámetros constitucionales sobre derechos humanos. Aquí la autonomía es amplia para desarrollar la administración de justicia y para regular las relaciones sociales y políticas al interior de la comunidad indígena.

Así mismo el artículo 65 garantiza a los pueblos y comunidades indígenas su participación en la vida económica, social y política, de acuerdo con sus usos y costumbres, la constitución y las

leyes. Este artículo desarrolla el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el cual obliga a los estados a consultar las decisiones que puedan afectar la vida de las comunidades.

- A la luz de las normas existentes en Bolivia, Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Colombia se observa una tendencia internacional al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y a aceptar la coexistencia, dentro de un mismo Estado, de regímenes jurídicos plurales. Esto equivale a reconocer que la producción de Derecho no sería atributo exclusivo del Estado unitario. En los países mencionados se reconoce la autonomía de las autoridades indígenas para hacer sus normas y para aplicarlas a través de sus propios procedimientos.

-El factor territorial, en países como Bolivia, Colombia y Ecuador, es un elemento esencial para determinar la competencia de las autoridades indígenas, el cual permite determinar hasta donde pueden ejercer jurisdicción las autoridades indígenas.

En conclusión, las Constituciones de Bolivia, Ecuador, Paraguay delegan el ejercicio jurisdiccional a las autoridades indígenas, de acuerdo con el principio de autonomía y con el reconocimiento de la diversidad cultural y étnica, que reconoce a los pueblos indígenas cada una de estas constituciones. Sin embargo dentro del ejercicio jurisdiccional, las normas y procedimientos ancestrales podrán aplicarse, en tanto no comprometan valores constitucionales relacionados con derechos humanos, es decir, valores constitucionales superiores al principio de diversidad Étnica y Cultural.

6. Bibliografía complementaria

Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, en su libro “La Jurisdicción Especial Indígena”¹¹, editado por la Procuraduría General de la Nación a través del Instituto de Estudios del Ministerio Público, exponen una serie de reflexiones que sintetizan un largo trabajo investigativo sobre los temas indígenas y presentan una serie de recomendaciones para reglamentar lo relativo a la jurisdicción especial indígena. Vale la pena mencionar que las autoras asesoraron al Magistrado de la Corte Constitucional, Dr. Carlos Gaviria, en la elaboración de ponencias que se convirtieron en Sentencias de la Corte. A continuación mencionaremos algunos de los conceptos y opiniones defendidos por las autoras mencionadas.

- El derecho de administrar justicia como un derecho de los pueblos indígenas

Uno de los derechos generales de los pueblos indígenas es el Derecho a la Autodisposición. Este derecho implica que el grupo humano pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y sus deseos e incluye, por tanto, el derecho del pueblo indígena a regirse por sus propias normas, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas. La teoría sociológica ha demostrado que la permanencia de un grupo diverso del grupo mayoritario depende de su éxito en la transmisión de sus valores culturales. Este proceso, a su vez, depende en primer lugar, de la efectividad de las estrategias de socialización primaria, y en segundo lugar, de la efectividad del control social.

El momento de la socialización primaria corresponde a los primeros años de vida del individuo. En nuestras sociedades ocurre principalmente en el entorno de la familia y la escuela.

El control social, por otra parte, requiere tanto la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como la posibilidad de aplicar estas normas para corregir las desviaciones.

¹¹SANCHEZ BOTERO, Esther, JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, Bogotá, 2000

Entre nosotros, el principal mecanismo de control social lo constituye el conjunto de normas que llamamos “jurídicas” y el “Derecho y que distinguimos de las normas morales y de los usos sociales. Para la aplicación de estas normas asignamos un aparato especializado y bien identificado que integra el sistema judicial.

Ahora bien, los pueblos indígenas no han tenido este mismo desarrollo o tienen un desarrollo distinto. No necesariamente identifican un sistema de normas como “jurídico” para distinguirlo de otros. Tampoco todos reclaman tener un sistema judicial. Pero para mantenerse como grupo han contado con métodos efectivos de control social.

El reconocimiento y la protección de estas prácticas son vitales para que puedan seguir existiendo como grupos diversos. Este reconocimiento y protección se da a través del derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia según sus propios usos y costumbres.

Este derecho ha sido reconocido de manera directa en las múltiples declaraciones y proyectos de declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas.

- La consagración de la Jurisdicción Especial Indígena en la Constitución de 1991

Dentro del capítulo quinto, del título VIII (artículo 246), el constituyente estableció la jurisdicción especial indígena.

En la constituyente, la propuesta para que las comunidades indígenas contaran con su propia jurisdicción fue presentada por el representante indígena a la Asamblea Nacional constituyente, Lorenzo Muelas Hurtado. En su proyecto de acto reformativo de la constitución política, identificado con el número 83, el artículo correspondiente a la jurisdicción indígena establecía:

“Se crea la jurisdicción indígena articulada al sistema judicial del Estado. La ley orgánica de carácter especial regulará el funcionamiento, competencias y fines de la jurisprudencia que se crea en la presente constitución.”

“En los territorios indígenas se garantiza la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propios que no atenten contra los “Derechos Humanos”.

El tema de la Jurisdicción indígena aparece nuevamente en el informe-ponencia al debate en plenaria del constituyente Jaime Fajardo Landaeta. El articulado propuesto en este caso es el siguiente:

“Artículo. Administran justicia. El Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los Tribunales Superiores Y Contenciosos Administrativos, las autoridades de los grupos étnicos, los jueces de paz, los organismos de conciliación y arbitraje y los demás juzgados que establezca la ley”.

“Artículo. Las autoridades propias de los grupos étnicos tendrán jurisdicción dentro de sus territorios. Estas autoridades conocerán de los delitos que cometan los miembros de los grupos étnicos”.

La ley dispondrá la forma como esta jurisdicción se articulará al sistema general de la nación”.

El texto finalmente aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente, difiere pues del propuesto por el constituyente Muelas. Se destaca especialmente que el texto aprobado en

lugar de imponer como límite los Derechos Humanos, se refirió a la Constitución y las leyes de la República.

También difiere del propuesto por el constituyente Fajardo Landaeta porque las facultades jurisdiccionales concedidas a las autoridades indígenas no se restringen al campo de lo penal y porque en lugar de conceder estas facultades a las autoridades de los grupos étnicos en general, lo hace de manera particular a las autoridades de los pueblos indígenas.

Las recomendaciones hechas por Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, que consideramos más sobresalientes, son las siguientes:

- Disposiciones Generales

Principios: de acuerdo con las autoras, el texto de la ley debe contemplar principios generales de reconocimiento a la diversidad cultural, como “principios rectores”.

Estos principios rectores se interpretarán de acuerdo con el principio constitucional de diversidad cultural y de igualdad de todas las culturas.

- Disposiciones particulares

1. Derecho de los pueblos indígenas a ejercer facultades jurisdiccionales en su territorio: esta norma incluiría la posibilidad de crear normas, de aplicarlas y de aplicar las sanciones respectivas, aclarándose que dichas facultades se extienden a todas las áreas de la vida de la comunidad.
2. Definición de los asuntos que van a conocer las autoridades indígenas en observancia de los lineamientos territoriales y étnicos.
3. Normas de procedimiento: Se debe incluir una norma general aplicable a todo tipo de procedimiento ante los jueces de la República y ante las autoridades indígenas.
4. Cuando el juez de la jurisdicción ordinaria determine que los hechos han ocurrido en el territorio de una comunidad indígena, se debe correr traslado de la actuación a las autoridades del pueblo indígena donde se suscitaron los hechos de acuerdo con términos legales apropiados para que se haga efectivo el traslado de la actuación.
5. Introducción de la imputabilidad e inimputabilidad cultural en el ordenamiento penal. Dicen las autoras que es necesario ajustar las normas vigentes sobre culpabilidad para incluir la inimputabilidad cultural como causal de exclusión de responsabilidad penal.
7. Sitios de reclusión especial para miembros de comunidades indígenas juzgados por jueces ordinarios: en este punto deben determinarse los casos en los cuales se van a utilizar los sitios de reclusión especial.

7. Observaciones finales

A continuación se presentarán las conclusiones técnicas que el estudio arrojó, de acuerdo con la información recolectada y conforme a los hallazgos encontrados en el proyecto de ley No 35 de 2003, presentado por el Honorable Senador Jesús Piñacué Achicué.

El proyecto de ley pretende regular las relaciones entre las autoridades indígenas y las autoridades del sistema judicial nacional.

- Se definen los conceptos de Jurisdicción Especial Indígena, Pueblos Indígenas, Indígena, Autoridades de los pueblos indígenas, Indígena por adopción, Autoridades del sistema jurídico nacional.
- Se reafirma el Pluralismo jurídico.

- Se define el Debido Proceso, para efecto de los procedimientos de las comunidades indígenas.
- Se establecen principios de Acceso a la Justicia, Respeto a la diversidad y reciprocidad, entre otros.
- Se establecen las reglas de competencia para la jurisdicción especial indígena.
- Se determinan formalidades de las actuaciones, se consagra la cooperación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción nacional y se dictan normas relacionadas con el Plan de Desarrollo de la Rama Jurisdiccional.
- El procedimiento de aprobación de la ley estatutaria que reglamente la Jurisdicción Especial Indígena no está sometida a un trámite de consulta obligatoria.
- Es muy importante precisar el alcance de la expresión contenida en el artículo 246 de la C.P., relativa a que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.” (subrayado nuestro).
- Tratamiento penal de los indígenas: La ley de Jurisdicción Especial Indígena debe abordar el tratamiento jurídico penal de los indígenas, de acuerdo con sus usos y costumbres, preservando las garantías constitucionales como la presunción de inocencia, el in dubio pro reo, el habeas corpus, los derechos de contradicción y defensa.
El texto legal podría incluir un artículo en el cual el tratamiento penal de los indígenas sea conforme a “un análisis o sobre la situación particular del indígena, valorando su nivel de conciencia étnica, para establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las capacidades intelecto-volitivas”¹²
- Lugares de Reclusión: La ley debe determinar sitios de reclusión especial para los indígenas, cuando estos sean juzgados por jueces ordinarios.

Fuentes Consultadas

www.banrep.gov.co
www.google.com
alertanet@hotmail.com
www.uniamazonia.edu.co
etm@oit.org.pe
www.secretariasenado.gov.co
www.mininterior.gov.co
www.gobiernoenlinea.gov.co
www.etniasdecolombia
www.bibliojuridica.org
www.geocities.com
www.educarchile.cl
www.tlahui.com

¹² Sentencia T-496 de septiembre 26 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz

INDICE		Pág.
I.	Normatividad	
	A. Constitucional	
	Constitución Política de Colombia del 7 de julio de 1991.....	20
	B. Acuerdos, Convenios y Tratados Internacionales	
	Convenio 169 Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989 (Ley 21 del 4 marzo de 1991).....	23
	C. Leyes	
	C.1 Vigentes	
	Ley 089 del 25 de noviembre de 1890.....	26
	Ley 270 del 7 de marzo de 1996.....	28
	Ley 599 del 24 de julio de 2000.....	29
	Ley 600 del 24 de julio de 2000.....	29
	C.2 No Vigentes	
	Ley 089 del 25 de noviembre de 1890.....	30
	D. Decretos Vigentes	
	Decreto 1088 de junio 10 de 1993.....	30
	Decreto 1397 de agosto 8 de 1996.....	31
II.	Jurisprudencia	
	Sentencia T-380 de 1993.....	34
	Sentencia C-530 de 1993.....	43
	Sentencia C-058 de 1994	47
	Sentencia T 349 de 1996.....	53
	Sentencia T-496 de 1996.....	55
	Sentencia C-139 de 1996.....	56
	Sentencia T-523 de 1997.....	63
	Sentencia SU -039 de 1997.....	73
	Sentencia SU-510 de 1998.....	74
	Sentencia T-266 de 1999.....	76
	Sentencia C-169 de 2001	81
	Sentencia T-606 de 2001.....	99
	Sentencia C-370 de 2002.....	104
	Sentencia T-239 de 2002.....	123
	Sentencia C-418 de 2002.....	125
III.	Proyectos de Acto legislativo y de Ley Archivados	
	Proyecto de ley estatutaria No 35 del 24 de julio de 2003 Senado.....	134
	Ponencia para primer Debate Proyecto de Ley No 35 de Julio 24 de 2003-Senado.....	145
	Pliego de modificaciones al proyecto de ley No 35 del 24 de julio de 2003- Senado.....	150

Proyecto de acto legislativo 047 del 31 julio de 2003- Cámara.....	156
Proyecto de Ley 068 del 14 de Agosto de 2003- Cámara.....	156
IV. Asamblea Nacional Constituyente	
A. Antecedentes	
Asamblea Nacional Constituyente, Ponencia presentada por H. Constituyente Francisco Rojas Birry, mayo 4 de 1.991, Gaceta Constitucional No. 67.....	159
V. Legislación Extranjera	
A. Constitucional	
Argentina.....	160
Bolivia.....	160
Brasil.....	161
Canadá.....	161
Ecuador.....	162
Guatemala.....	162
México.....	163
Nicaragua.....	165
Panamá.....	166
Paraguay.....	166
Perú.....	167
B. Legal	
Brasil, Ley N° 6.001 del 19 de Diciembre de 1973.....	167
Chile, Ley 19.253 del 1.993.....	168
México, Ley de Justicia Indígena del Estado de Quintana Roo, P. O. 14 de agosto de 1997.....	169
-Ley Agraria D.O.F. de 26 de febrero de 1992.....	173
- Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 29 de junio de 1992.....	174
-Código Federal de Procedimientos Penales.....	174
Panamá, Ley 16 del 19 de febrero de 1953.....	175
Perú, Ley N° 27908.....	175
VI. Bibliografía Analizada	
- SANCHEZ BOTERO, Esther, JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, La jurisdicción especial indígena, Procuraduría Delegada Asuntos Étnicos, Bogotá, 2000.....	177
- RAQUEL YRIGOYEN, Fajardo Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Alertanet en Derecho y Sociedad.....	177
- CABEDO MALLOL, Vicente José, La Jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos, Alertanet en derecho y sociedad.....	184
- Remunicipalización y reforma indígena en Michoacán- México, Documento de trabajo de Febrero 9 de 2003, Proyecto Pueblos indígenas y reforma del Estado, Colegio de Michoacán Centro de Estudios, Law and Society.....	189

VII.	Artículos de Periódicos y Revistas	
	A. Revistas	
	- Las Justicias Indígenas en la Constitución Colombiana. <u>En:</u> Papeles de Cuestiones Internacionales. No 77 de 2002.....	194
VIII.	Participación Sectorial y de Expertos	
	Reflexiones para el desarrollo del estudio de antecedentes sobre el proyecto de ley estatutaria No. 035 de 2003, “Por el cual se desarrolla el artículo 246 de la constitución política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, Hernán Alejandro Olano García, Profesor de Derecho Asociado a la Universidad de la Sabana, miembro de la Academia colombiana de Jurisprudencia.....	198
IX.	Bibliografía Recomendada	
	Sitios Web Visitados.....	202

CONTENIDO

I. Normatividad

A. Constitucional

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
7 de julio de 1991.	<p data-bbox="367 464 841 491">Constitución Política de Colombia</p> <p data-bbox="367 529 1419 695">Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.</p> <p data-bbox="367 732 1419 961">Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.</p> <p data-bbox="367 968 1419 1098">Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.</p> <p data-bbox="367 1136 1419 1226">Artículo 4. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.</p> <p data-bbox="367 1264 1419 1325">Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.</p> <p data-bbox="367 1362 1419 1493">Artículo 10. El castellano es el idioma oficial de Colombia. Las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.</p> <p data-bbox="367 1530 1419 1661">Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.</p> <p data-bbox="367 1698 1419 1759">Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.</p> <p data-bbox="367 1766 1419 1856">Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.</p> <p data-bbox="367 1862 1419 1887">En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se</p>

aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por el, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Artículo 70. El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional.
La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación.

Artículo 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.

Artículo 116. La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.

Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

4. Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.

Artículo 152. Mediante las leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias:

- a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección;
- b) Administración de justicia;
- c) Organización y régimen de los partidos y movimientos políticos; estatuto de la oposición y funciones electorales;
- d) Instituciones y mecanismos de participación ciudadana;
- e) Estados de excepción.

Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Artículo 286. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.

Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Artículo 330. De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones :

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y doblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

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

(Documento 1)

B. Acuerdos, Tratados y Convenios Internacionales

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
<p>Ginebra, Suiza, 7 de junio de 1989, Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo</p>	<p>Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989. Ratificado mediante la Ley No 21 de marzo 4 de 1991.</p> <p>PREAMBULO La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 7 junio 1989, en su septuagésima sexta reunión;</p> <p>Observando las normas internacionales enunciadas en el Convenio y en la Recomendación sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957;</p> <p>Recordando los términos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de los numerosos instrumentos internacionales sobre la prevención de la discriminación;</p> <p>Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;</p> <p>Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;</p> <p>Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;</p> <p>Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales;</p> <p>Observando que las disposiciones que siguen han sido establecidas con la colaboración de las Naciones Unidas, de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y de la Organización Mundial de la Salud, así como del Instituto Indigenista Interamericano, a los niveles apropiados y en sus esferas respectivas, y que se tiene el propósito de continuar esa colaboración a fin de promover y asegurar la aplicación de estas disposiciones;</p>

Después de haber decidido adoptar diversas proposiciones sobre la revisión parcial del Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (núm. 107), cuestión que constituye el cuarto punto del orden del día de la reunión, y después de haber decidido que dichas proposiciones revistan la forma de un convenio internacional que revise el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957, adopta, con fecha veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y nueve, el siguiente Convenio, que podrá ser citado como el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989:

Artículo 1.

1. El presente Convenio se aplica:

- a) A los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;
- b) A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

Artículo 2.

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;
- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Artículo 4.

1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.

2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados.

3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Artículo 5.

Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

- a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;
- b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;
- c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

Artículo 6.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
- b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

Artículo 7.

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

Artículo 8.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse

	<p>debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.</p> <p>2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.</p> <p>3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.</p> <p>Artículo 9.</p> <p>1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.</p> <p>2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.</p> <p>Artículo 10.</p> <p>1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.</p> <p>2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.</p> <p>Artículo 11.</p> <p>La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.</p> <p>Artículo 12.</p> <p>Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.</p> <p><i>(Documento 2)</i></p>
--	---

C. Leyes

C.1 Vigentes

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
Ley 089	Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los

del 25 de
noviem-
bre de
1890

“salvajes” (Esta expresión fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-139 de 1996) que vayan reduciéndose a la vida civilizada.

Artículo 2. Las comunidades de indígenas reducidos ya a la vida civil tampoco se regirán por las leyes generales de la República en asuntos de resguardos. En tal virtud se gobernarán por las disposiciones consignadas a continuación.

Artículo 10. Las controversias de una parcialidad con otra o de una comunidad con individuos o asociaciones que no pertenezcan a la clase indígena, serán decididas por la autoridad judicial, haciendo para ello uso de las acciones o excepciones detalladas en el Código Judicial de la República.

En los asuntos de que trata este artículo, conocerán en primera instancia únicamente los Jueces de Circuito, sin atender a la cuantía.

Artículo 11. Las controversias entre indígenas de una misma comunidad, o de éstos contra los Cabildos, por razón de uso de los resguardos o de los límites de las porciones de que gozan, serán resueltas por el Alcalde del Distrito Municipal a que pertenezcan, quien los oírán en juicio de policía en la forma que lo indiquen las disposiciones de la materia; cuyas resoluciones serán apelables ante los Prefectos de las Provincias, y las de éstos ante los Gobernadores de Departamento.

Artículo 23. Los Cabildos de indígenas pueden personar por sí o por apoderado, ante las autoridades, a nombre de sus respectivas comunidades, para promover la nulidad o rescisión de las ventas que se hayan hecho contra las disposiciones de leyes preexistentes, o que se hagan en contravención a la presente; para pedir la nulidad de los contratos a virtud de los cuales se hayan hipotecado las tierras del Resguardo; y, en general, de cualquiera negociación en que la comunidad haya sufrido perjuicios de que pueda reclamar legalmente.

Artículo 26. Las controversias de los indígenas entre sí, por asuntos del Resguardo, podrán ser sometidas a juicio de árbitros y transadas conforme a las leyes comunes, interviniendo los respectivos protectores. Pero los pleitos entre comunidades de indígenas y otros particulares por razón del Resguardo, no podrán ser sometidos a arbitramentos, ni transados.

Artículo 29. Es un deber de los Notarios y Secretarios de los Juzgados y de las Corporaciones, lo mismo que de todos los empleados públicos, dar a los Cabildos de indígenas copia certificada de los títulos constitutivos de sus resguardos y de los documentos relacionados con ellos. Estos certificados se extenderán en papel común, y no causarán derechos de ninguna especie.

Artículo 30. Para efectuar la división de los terrenos de que aquí se trata es necesario: Que el padrón o lista a que se refiere el artículo siguiente se halle terminado, y además aprobado definitivamente por el Gobernador del Departamento respectivo; y

Que la partición, que en todo caso se hará judicialmente, se solicite ante el Juez del Circuito por todos los miembros del Cabildo menor de la parcialidad, y tenga el apoyo o voluntad de la mayoría absoluta de los indígenas cuyos nombres figuren en la lista o padrón aprobado.

	<p>Artículo 31. Los hijos de familia serán representados en este juicio por sus padres, y los menores, que no tuvieren padres, por un curador ad litem, nombrado según las reglas del derecho común.</p> <p>El Juez, al efecto, presentada que sea la solicitud, librará comparendo a los indígenas de las tribus de cuya división de terrenos se trata, señalándoles día y hora, llegada la cual, a presencia de su Secretario, leerá a los concurrentes la solicitud, tratando de que el objeto de ésta sea bien comprendido por los interesados, a quienes advertirá que dentro de treinta días deben manifestar verbalmente, o por escrito, si aceptan o no la partición; dejándose constancia de este acto a continuación de la solicitud leída.</p> <p>Artículo 32. Pasados los treinta días, el Juez dictará auto mandando practicar la división, si se hubiere guardado silencio o no se hubiere presentado oposición, por parte de la mayoría de los comuneros. Caso de hacerse la división, el Juez nombrará un partidor a indicación de una junta compuesta del Prefecto de la Provincia, el Fiscal del Circuito y de un ciudadano designado por el Cabildo. Si hubiere desacuerdo en la indicación para partidor, el Juez nombrará uno que no sea de los indicados.</p> <p>Artículo 33. Luego que el partidor haya jurado su cargo, de forzosa aceptación, y haya recibido los documentos que deben servir al acto partitivo, procederá a desempeñar su comisión, disponiendo de un año para terminarla: siguiendo en su procedimiento las reglas del Código Civil para las divisiones comunes, y las judiciales de partición de los terrenos de cuasi-contratos de comunidad, en todo lo que sea compatible con el objeto; debiendo el Juez resolver las dudas que sobre procedimiento aplicable se le consultaren por el partidor. (Documento 3)</p>
<p>Ley 270 del 7 de marzo de 1996.</p>	<p>Ley Estatutaria de la Administración de Justicia</p> <p>Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones <ol style="list-style-type: none"> a) <i>De la Jurisdicción Ordinaria:</i> <ol style="list-style-type: none"> 1. Corte Suprema de Justicia 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial 3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley b) <i>De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:</i> <ol style="list-style-type: none"> 1. Consejo de Estado 2. Tribunales Administrativos 3. Juzgados Administrativos c) <i>De la Jurisdicción Constitucional:</i> <ol style="list-style-type: none"> 1. Corte Constitucional d) <i>De la Jurisdicción de Paz:</i> Jueces de Paz. e) <i>De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas:</i> Autoridades de los territorios indígenas. <ol style="list-style-type: none"> 2. La Fiscalía General de la Nación. 3. El Consejo Superior de la Judicatura. <p>Parágrafo 1. La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y el Consejo Superior de la Judicatura, tienen competencia en todo el</p>

	<p>territorio nacional. Los Tribunales Superiores, los Tribunales Administrativos y los Consejos Seccionales de la Judicatura, tienen competencia en el correspondiente distrito judicial o administrativo. Los jueces del circuito tienen competencia en el respectivo circuito y los jueces municipales en el respectivo municipio.</p> <p>Parágrafo 2. El Fiscal General de la Nación y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.</p> <p>Artículo 12. Del Ejercicio de la función Jurisdiccional por la rama Judicial. La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria.</p> <p>Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.</p> <p>El Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal y los Fiscales Delegados ante las distintas jerarquías judiciales del orden penal, ejercen las funciones jurisdiccionales que determine la ley.</p> <p>Los jueces de paz conocen en equidad de los conflictos individuales y comunitarios en los casos y según los procedimientos establecidos por la ley.</p> <p>Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.</p> <p>Los tribunales y jueces militares conocen, con arreglo a las prescripciones de la ley y del Código Penal Militar, de los delitos sometidos a su competencia.</p> <p><i>(Documento 4)</i></p>
<p>Ley 599 del 24 julio de 2000</p>	<p>Código Penal</p> <p>Artículo 33. Inimputabilidad. Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.</p> <p>No será inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.</p> <p>Los menores de dieciocho (18) años estarán sometidos al Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.</p> <p><i>(Documento 5)</i></p>
<p>Ley 600 del 24 de julio de 2000.</p>	<p>Código de Procedimiento Penal</p> <p>Artículo 378. De los indígenas. Cuando se trate de indígenas inimputables por diversidad socio-cultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social.</p> <p><i>(Documento 6)</i></p>

C.2 No Vigentes

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
Ley 089 del 25 de noviembre de 1890.	<p>Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada.</p> <p>Artículo 1. La legislación general de la República no regirá entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de Misiones. En consecuencia, el Gobierno, de acuerdo con la Autoridad eclesiástica, determinará la manera como esas incipientes sociedades deban ser gobernadas. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-139/96.</p> <p>Artículo 5. Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-139/96.</p> <p>Artículo 40. Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de los menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender éstas con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de veintiún años; debiendo en consecuencia solicitarse licencia judicial justificándose la necesidad o utilidad. Obteniendo el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las disposiciones del procedimiento judicial. Serán nulas y de ningún valor las ventas que se hicieren en contravención a lo dispuesto en este artículo, así como las hipotecas que afecten terrenos de resguardo, aun hecha la partición de éstos. Declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-139/96. <i>(Documento 7)</i></p>

D. Decretos Vigentes

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
Decreto 1088 de 10 de junio de 1993.	<p>Por el cual se regula la creación de la Asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas.</p> <p>Artículo 1. Aplicabilidad. Los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en representación de sus respectivos territorios indígenas, podrán conformar asociaciones de conformidad con el presente decreto.</p> <p>Artículo 2. Naturaleza Jurídica. Las asociaciones de que trata el presente decreto, son entidades de derecho público de carácter especial, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.</p>

	<p>Artículo 3. Objeto. Las asociaciones que regula este decreto tienen por objeto el desarrollo integral de las comunidades indígenas.</p> <p>Para el cumplimiento de su objeto podrán desarrollar las siguientes acciones:</p> <p>a) Adelantar actividades de carácter industrial y comercial, bien sea en forma directa, o mediante convenios celebrados con personas naturales o jurídicas.</p> <p>b) Fomentar en sus comunidades proyectos de salud, educación y vivienda en coordinación con las respectivas autoridades nacionales, regionales o locales y con sujeción a las normas legales pertinentes.</p> <p>Artículo 4. Autonomía. La autonomía de los Cabildos o Autoridades Tradicionales Indígenas no se compromete por el hecho de pertenecer a una Asociación. (Documento 8)</p>
<p>Decreto 1397 del 12 de agosto de 1996</p>	<p>Por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones.</p> <p>Artículo 1. Comisión Nacional de Territorios Indígenas. Crease la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, adscrita al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, integrada por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El Viceministro de Desarrollo Rural Campesino del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado. 2. El Gerente General del INCORA o su delegado. 3. El Subgerente de Planeación del INCORA. 4. El Jefe de la División para la Atención de Comunidades Indígenas y Negras del INCORA. 5. Un delegado del Ministro del Interior. 6. El jefe de la Unidad de Desarrollo Agropecuario del Departamento Administrativo de Planeación Nacional. 7. El Director General del Presupuesto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o su delegado. 8. El Presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC o un delegado por el Comité Ejecutivo. 9. El Presidente de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana OPIAC o un delegado por el Comité Ejecutivo. 10. Un delegado por la Confederación Indígena Tairona. 11. Un delegado por cada macrorregión Corpes o las Regiones Administrativas de Planificación que se conformen de acuerdo con el artículo 306 de la Constitución Política, seleccionados por las organizaciones indígenas de la respectiva región. <p>Parágrafo. Los Senadores indígenas y los exconstituyentes indígenas serán invitados permanentes a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas.</p> <p>Artículo 6. Concertación. Para los efectos del presente Decreto, la concertación se hará en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Política de Colombia, los instrumentos internacionales que obligan a Colombia, así como las Leyes 160 de 1994, 191 y 199 de 1995 y demás normas que garantizan los derechos de los pueblos.</p>

Artículo 10. Mesa de concertación. Crease la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, adscrita al Ministerio del Interior, integrada por los siguientes miembros permanentes:

- El Ministro del Interior o su delegado.
- El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado.
- El Ministro del Medio Ambiente o su delegado.
- El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado.
- El Ministro de Desarrollo Económico o su delegado.
- El Ministro de Minas y Energía o su delegado.
- El Ministro de Salud o su delegado.
- El Ministro de Educación Nacional o su delegado.
- El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado.
- El Consejero Presidencial de Fronteras o su delegado.
- El Consejero Presidencial de Política Social o su delegado.
- Los Senadores Indígenas.
- Los exconstituyentes indígenas.
- El Presidente de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC o un delegado por el Comité Ejecutivo.
- El Presidente de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana OPIAC o un delegado por el Comité Ejecutivo.
- Un delegado por la Confederación Indígena Tairona.
- Un delegado por cada macrorregión CORPES o las Regiones Administrativas de Planificación que se conformen de acuerdo con el artículo 306 de la Constitución Nacional, seleccionados por las organizaciones indígenas de la respectiva región;

Parágrafo. El Gobierno Nacional invitará como integrantes permanentes a la mesa de concertación en calidad de veedores a la Organización Internacional del Trabajo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Conferencia Episcopal de Colombia para que realice el seguimiento, impulso, vigilancia y divulgación al cumplimiento de las funciones de la Mesa de Concertación y de los acuerdos a que se llegue. Los miembros indígenas de la Mesa de Concertación podrán invitar a participar en sus deliberaciones o en las Comisiones Temáticas a los asesores que designen.

Artículo 11. Objeto. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen.

Artículo 12. Funciones. La Mesa Permanente de Concertación, además de lo dispuesto en el artículo anterior, cumplirá las siguientes funciones:

1. Adoptar principios, criterios y procedimientos en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos, en el marco de la legislación especial de los pueblos indígenas.
2. Concertar previamente con los pueblos y organizaciones indígenas las posiciones y propuestas oficiales para proteger los derechos indígenas en materia de acceso a recursos genéticos, biodiversidad y protección del conocimiento colectivo, innovaciones y prácticas tradicionales que presente el

Gobierno colombiano en instancias internacionales o en el marco de los acuerdos y convenios suscritos y ratificados por Colombia.

3. Concertar el desarrollo de los derechos constitucionales indígenas en relación con biodiversidad, recursos genéticos, propiedad intelectual colectiva y derechos culturales asociados a éstos y la legislación ambiental.

8. Preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto.

9. Concertar el procedimiento transitorio y lo demás que se requiera para la participación, consulta y concertación con pueblos o comunidades indígenas específicos, mientras se expide el decreto reglamentario. La concertación se hará respetando los usos y costumbres de cada pueblo.

Artículo 13. Comisiones temáticas. Los integrantes permanentes de la Mesa de Concertación organizarán por temas y asuntos específicos comisiones de trabajo y concertación con participación de las entidades oficiales de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales y con participación de delegados de los miembros indígenas de la Mesa. En las Comisiones Temáticas participarán los delegados de los pueblos, autoridades y organizaciones indígenas directamente interesados o afectados cuando se traten temas específicos de sus comunidades o regiones.

Artículo 14. Autonomía indígena. Las autoridades no indígenas respetarán la autonomía de los pueblos, autoridades y comunidades indígenas y no intervendrán en la esfera del Gobierno y de la jurisdicción indígena.

Artículo 16. Consulta y concertación. En los procesos de consulta y concertación de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectar a comunidades o pueblos indígenas determinados, podrán participar los indígenas integrantes de la Mesa Permanente de Concertación o sus delegados. Los procedimientos que se prevean realizar les serán informados con la suficiente antelación.

Artículo 17. El funcionamiento de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas se regirá por las siguientes reglas:

1. Podrán deliberar con la asistencia comprobada de la mitad más uno de los miembros indígenas, el Viceministro de Desarrollo Rural Campesino del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural o el Ministro del Interior o sus delegados, según el caso, y los miembros de las entidades competentes de los temas a tratar.

2. Las decisiones se adoptarán por consenso.

3. Las reuniones ordinarias de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas se harán por lo menos dos veces cada mes durante los primeros cuatro meses mientras se cumplen las funciones a que se refiere el parágrafo 2º del artículo 2º del presente Decreto y, posteriormente según lo determine el reglamento. El Viceministro de Desarrollo Rural Campesino será responsable de las convocatorias.

4. Las reuniones ordinarias de la Mesa Permanente de Concertación con los

	<p>Pueblos y Organizaciones Indígenas se harán por lo menos una vez cada mes durante el año de 1996, y posteriormente según lo determine el reglamento. El Ministro del Interior será responsable de las convocatorias.</p> <p>5. Sesionarán en la ciudad de Santa Fe de Bogotá, D. C., pero podrán realizar reuniones ordinarias o extraordinarias en cualquier lugar del país.</p> <p>6. Serán dotadas por las entidades estatales que las conforman, de recursos suficientes para su funcionamiento y el cumplimiento de sus funciones y para el desplazamiento y manutención de los miembros indígenas que residen fuera de Santa Fe de Bogotá, en la medida en que dicho desplazamiento no pueda costearse con recursos provenientes de otros fondos públicos.</p> <p><i>(Documento 9)</i></p>
--	---

II. Jurisprudencia

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
<p>Sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993</p>	<p>Demandante: Organización Indígena de Antioquia Magistrado ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz Problema jurídico: La Organización Indígena de Antioquia, por intermedio de apoderado y en calidad de agente oficioso de la Comunidad Indígena EMBERA-CATIO de Chajeradó, Municipio de Murindó, Departamento de Antioquia, interpuso acción de tutela contra la Corporación Nacional de Desarrollo del Chocó (CODECHOCO) y la Compañía de Maderas del Darién (MADARIEN), por considerar que la omisión de la primera y la acción de la segunda vulneran y amenazan los derechos fundamentales de la comunidad indígena, entre ellos los derechos a la vida, al trabajo, a la propiedad, a la integridad étnica - cultural y territorial -, el derecho a la especial protección del Estado como grupo étnico, los derechos de los niños y los derechos consagrados en tratados internacionales sobre Pueblos Indígenas, particularmente el Convenio 169 de la O.I.T. ratificado por la Ley 21 de 1991.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional Fundamentos jurídicos El conflicto jurídico según las partes intervinientes en el proceso El peticionario pretende se condene solidariamente a CODECHOCO y a MADARIEN al pago del estudio del impacto ambiental y cultural causado por la extracción maderera en la zona de Chajeradó y a la financiación del Plan de Manejo que se disponga para la reparación del daño ocasionado. En ese sentido pide se vincule al INDERENA y a la Universidad Nacional de Colombia, seccional Medellín, en calidad de ejecutores del estudio y asesores del plan. A su juicio, la explotación ilegal de 3.400 a 4.300 hectáreas de bosque húmedo tropical en el territorio del resguardo indígena Emberá-Catío del río Chajeradó por parte de REINERIO PALACIOS, con el apoyo técnico, financiero, de personal, de transporte y final beneficio de MADARIEN, y la omisión de CODECHOCO en el cumplimiento de sus funciones de protección de los recursos naturales renovables, vulneran y amenazan los derechos a la vida, el trabajo, la propiedad y la integridad étnica, cultural y económica de la comunidad indígena. Argumenta que si bien algunos daños ya se encuentran consumados por la destrucción del bosque, existen otros que son potenciales</p>

y que disminuyen las condiciones de supervivencia de la comunidad por encontrarse quebrantada su seguridad y diversidad alimenticia. Fundamenta su petición en antecedentes jurisprudenciales que afirman la procedencia de la tutela frente a la posibilidad de evitar perjuicios previsibles e irremediables, consecuenciales a la vulneración de un derecho fundamental. Agrega que el marginamiento económico, territorial e institucional hace que los indígenas no dispongan efectivamente de otro medio de defensa judicial para la salvaguarda de sus derechos, distinto de la acción de tutela.

2. El juez de primera instancia acogió favorablemente la solicitud, aceptando íntegramente como verdaderos los hechos narrados por el peticionario, y a los que se refieren las pruebas aportadas al proceso, entre ellas los informes de visita del INDERENA al Municipio de Murindó (Ant.) y la resolución que sanciona a REINERIO PALACIOS en razón del aprovechamiento forestal ilícito. Además del daño consumado por la destrucción de los bosques entre 1988 y 1990 el juzgador percibe la existencia de una amenaza latente contra los derechos fundamentales de la comunidad indígena, como consecuencia del daño a su medio ambiente y los perjuicios que aún están por producirse, situación que hace procedente la tutela con miras a evitar un perjuicio irremediable.

3. El Tribunal de segunda instancia revoca la decisión de primera instancia por estimar que la acción de tutela es improcedente ya que el daño se encontraba consumado, además de que los afectados disponen de otros medios de defensa judicial. En cuanto a la prueba de ocurrencia de la acción dañina, el Tribunal encuentra que del testimonio rendido en diciembre de 1991 ante el Juzgado Promiscuo de Vigia del Fuerte por REINERIO PALACIOS se desprende que en efecto éste junto con una cuadrilla de máquinas, técnicos, ingenieros y obreros suministrados por MADARIEN, incursionó en la zona de Chajeradó y realizó allí explotaciones forestales sin permiso de CODECHOCO pero con el consentimiento aparente del Cabildo Indígena. Considera el Tribunal que el fallador de primera instancia confundió los efectos del daño consumado con los efectos de la vulneración del derecho.

4. De los alegatos de las partes intervinientes en el proceso se desprende que el petente identifica materialmente a REINERIO PALACIOS con la sociedad comercial MADARIEN, y le atribuye a ésta ser la beneficiaria real de la acción dañina que vulnera y amenaza los derechos de la comunidad indígena, por el hecho de estar destinado a ella exclusivamente el producto de la explotación forestal y proporcionar a su "dependiente" todos los elementos para la extracción maderera. Por su parte, MADARIEN niega su participación en los hechos, que alega tampoco se encuentran probados, y señala los múltiples errores de derecho que llevaron al juez de primera instancia a violar en su caso los derechos de defensa y debido proceso, conceder una tutela sin existir fundamento legal para hacerlo por tratarse de un asunto responsabilidad extracontractual que debía ser tramitado según el procedimiento correspondiente, permitir la desviación de dineros públicos al condenar a un pago dinerario a la comunidad indígena que no es propietaria de los recursos naturales ni titular de la acción indemnizatoria con ocasión de su destrucción y, por último, aceptar como cierta la supuesta condición de beneficiario real de MADARIEN, ignorando los contratos existentes entre esta empresa y REINERIO PALACIOS.

5. Los planteamientos de las partes, las pruebas aducidas y las decisiones judiciales permiten aseverar que los hechos que dieron origen a la presente

tutela se encuentran demostrados: Entre 1988 y 1990 REINERIO PALACIOS, con apoyo material y humano de MADARIEN, a nombre propio, explotó, sin permiso previo de CODECHOCO pero mediante convenio con algunos miembros del Cabildo de Chajeradó, de 3.400 a 4.300 hectáreas de bosque húmedo tropical en el territorio indígena del Resguardo Emberá-Catío del río Chajeradó, Municipio de Murindo, Antioquia. El petente y el juez de primera instancia concluyen que esta situación vulnera y amenaza los derechos fundamentales a la vida, la integridad, el trabajo, la propiedad y la protección especial de la comunidad indígena. Los representantes judiciales de MADARIEN, el apoderado de CODECHOCO y el Tribunal de segunda instancia aseguran que la acción de tutela es improcedente cuando lo que se pretende es reparar un daño consumado, aparte de que existen otras vías procesales para exigir el resarcimiento o indemnización correspondiente, previa demostración de la responsabilidad.

6. En ejercicio de su función constitucional de revisión de las sentencias de tutela, esta Corporación, debe esclarecer dos interrogantes fundamentales. El primero relativo a la manera cómo se resuelve, a la luz de la Constitución, el conflicto entre la explotación de los recursos naturales en territorios indígenas y la protección especial que el Estado debe prestar para que las comunidades étnicas conserven su identidad cultural, social y económica y, el segundo, respecto a la procedencia de la tutela en el caso concreto.

Aprovechamiento de los recursos naturales e integridad étnica y cultural

7. La explotación de recursos naturales en territorios indígenas plantea un problema constitucional que involucra la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades que sobre ellas se asientan. La tensión existente entre razón económica y razón cultural se agudiza aún más en zonas de reserva forestal, donde las características de la fauna y la flora imponen un aprovechamiento de los recursos naturales que garantice su desarrollo sostenible, su conservación, restitución o sustitución (CP art. 80). La relación entre estos extremos debe ser, por tanto, de equilibrio.

Las externalidades del sistema económico capitalista - o por lo menos de una de sus modalidades -, en cierto modo secuelas de su particular concepción de sometimiento de la naturaleza y de explotación de los recursos naturales, quebrantan esta ecuación de equilibrio en la medida en que desconocen la fragilidad de los ecosistemas y la subsistencia de diferentes grupos étnicos que habitan en el territorio. Consciente de esta situación, el Constituyente no sólo prohijó el criterio de desarrollo económico sostenible, sino que condicionó la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (CP art. 330). La explotación maderera indiscriminada, con o sin autorización estatal, atenta contra el ecosistema, agota los recursos primarios propios de una economía de subsistencia de las comunidades étnicas en las que priman los valores de uso y simbólico sobre el valor de cambio y destruye el estrecho vínculo de los indígenas con la naturaleza.

La comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales

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). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

La existencia en el país de 81 grupos étnicos que hablan 64 lenguas diferentes y que representan una población de aproximadamente 450.000 indígenas es un reflejo de la diversidad étnica del país y de su inapreciable riqueza cultural¹. La ley 89 de 1890 ya reconocía la existencia de las comunidades o parcialidades indígenas al permitir su representación mediante los Cabildos. Actualmente, la Constitución misma hace mención explícita de las comunidades indígenas (CP arts. 10, 96, 171, 246, 329 y 330).

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural.

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.

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.

9. En lo atinente a la representación de la comunidad indígena a través del agenciamiento oficioso por parte de otras organizaciones creadas para la defensa de los derechos indígenas, esta Corporación confirma el criterio sustantivo acogido por los jueces de instancia, en el sentido de que las condiciones de aislamiento geográfico, postración económica y diversidad cultural, justifican el ejercicio de la acción de tutela por parte de la Organización Indígena de Antioquia en nombre de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó.

Incidencia de los principios fundamentales consagrados en los artículos 1º, 7º y 8º de la Carta en la interpretación de otras normas constitucionales

10. El régimen político democrático, participativo y pluralista, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, el deber estatal de proteger las riquezas culturales y naturales, son principios fundamentales que representan un obligado marco de referencia en la interpretación de las normas constitucionales. El contenido y los alcances de estos principios tienen importantes consecuencias en materia económica y de medio ambiente.

La Constitución no acoge un determinado sistema económico cuando consagra la libertad económica y de iniciativa privada o regula la propiedad (CP arts. 333 y 58). Por el contrario, el ordenamiento constitucional admite diversos modelos económicos gracias al reconocimiento de la diversidad cultural. Es este el caso de las economías de subsistencia de las comunidades indígenas que habitan el bosque húmedo tropical colombiano, en contraste con la economía capitalista. Uno y otro modelo de actividad económica están garantizados dentro de los límites del bien común, sin desatender que la propiedad es una función social a la que le es inherente una función ecológica.

Por otra parte, el deber estatal de conservar las áreas de especial importancia ecológica supone un manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en zonas de selva húmeda tropical (CP art. 79) y en los territorios indígenas (CP art. 330), diferente al concedido a la explotación de recursos naturales en otras áreas, siempre bajo el parámetro de su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

11. La importancia del bosque húmedo tropical para la existencia del género humano - pulmón de la humanidad - contrasta con su fragilidad. Esta realidad ha sido motivo de preocupación internacional desde hace varios años. Recientemente la Organización de las Naciones Unidas proclamó la "Carta de la tierra" o "Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo", que en su artículo 22 establece: "Los pueblos indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y prestar el apoyo debido a su identidad, cultura e intereses y velar porque participaran efectivamente en el logro del desarrollo sostenible".

En la misma dirección, el Convenio Internacional sobre Diversidad Biológica²

propone a las partes contratantes el compromiso de establecer áreas protegidas para promover la protección de los ecosistemas - complejos dinámicos de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y de su medio no viviente que interactúan como unidades funcionales - y los ambientes naturales - lugar o espacio en el que existe naturalmente un organismo o una población -.

El ordenamiento constitucional colombiano ha recogido ampliamente la preocupación originada en la amenaza creciente que la acción deforestadora tiene sobre los ecosistemas. Esta no sólo ocasiona la extinción de numerosas especies de flora y fauna, alterando los ciclos hidrológicos y climáticos de vastas regiones, sino que resta oportunidades de supervivencia a los pueblos indígenas de las selvas húmedas tropicales, cuyo sistema de vida - infravalorado por la cultura occidental por generar escasos excedentes para la economía y operar eficientemente sólo con bajas concentraciones humanas - garantiza la preservación de la biodiversidad y las riquezas culturales y naturales.

12. El reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos³ (CP art. 329) en favor de las comunidades indígenas comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio. Lejos de usurpar recursos de la Nación, el acto de disposición de bienes baldíos para la constitución de resguardos indígenas es compatible con el papel fundamental que estos grupos humanos desempeñan en la preservación del medio ambiente. La prevalencia de la integridad cultural, social y económica de estas comunidades sobre la explotación de los recursos naturales en sus territorios - la que sólo es posible si media la autorización previa del Estado (CP art. 80) y de la comunidad indígena (CP art. 330) -, se erige en límite constitucional explícito a la actividad económica de la explotación forestal.

En este orden de ideas, mal pueden los apoderados de MADARIEN apelar a una lectura parcial del artículo 42 del Código Nacional de Recursos Naturales, para desconocer el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas sobre los recursos naturales renovables que se encuentran en territorio de sus resguardos. Derecho colectivo que debe en todo caso ejercerse dentro de los límites constitucionales y legales necesarios para preservar el medio ambiente (CP arts. 8, 79, 80, 333, 334) y los recursos naturales renovables (D. 2811 de 1974, arts. 202 y ss.).

13. El derecho de propiedad colectiva de los recursos naturales renovables que se encuentran en sus territorios, no otorga una facultad omnímoda a los representantes de las respectivas comunidades indígenas para disponer libremente de ellos. La autonomía de las autoridades indígenas en el manejo de sus propios asuntos, en especial respecto del aprovechamiento de los recursos naturales (CP art. 330), debe ser ejercida con plena responsabilidad (CP art. 95-1). En favor de la comunidad indígena siempre podrá aducirse la doctrina *ultra vires* frente a actuaciones de sus autoridades que hayan dispuesto ilegal o arbitrariamente de las riquezas naturales comprendidas en su territorio, y a las cuales por lo tanto se las debe despojar de todo poder vinculante.

Concepto de daño por acción u omisión según los sujetos demandados

14. Un punto medular de desacuerdo entre los jueces de primera y segunda instancia en torno a la procedencia de la acción de tutela por la vulneración de derechos fundamentales de la comunidad indígena como consecuencia de la

explotación de 3.400 a 4.300 hectáreas de bosque húmedo tropical en territorio del resguardo Emberá-Catío del río Chajeradó, versa sobre la consumación o no del daño causado (D.2591 de 1991, art. 6-4). El Juez Tercero Agrario concluye que el daño se halla consumado pero existen otros daños potenciales que deben ser evitados - mediante la tutela - para proteger los derechos fundamentales de los indígenas cuya subsistencia está íntimamente ligada a su medio ambiente. Por el contrario, la Sala Agraria del Tribunal Superior de Antioquia, acoge el alegato de la parte impugnadora y considera que la acción dañina se encontraba consumada al momento de instaurar la acción de tutela, y que no es admisible confundir los efectos del daño con los efectos de la violación o amenaza de los derechos fundamentales.

La acción de tutela enderezada simultáneamente contra una entidad pública y un particular exige distinguir claramente las hipótesis fácticas que configuran la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales. La solicitud inicial no se limita, como sostienen los apoderados de la empresa demandada, a la pretensión resarcitoria por un daño consumado, sino que busca la intervención judicial que garantice el respeto de los derechos fundamentales que, continúan expuestos a amenaza y vulneración.

15. En lo que concierne al abuso de posiciones de fuerza por parte de particulares que aprovechan la inacción de las autoridades públicas titulares de funciones de conservación y defensa del medio ambiente, esta Corporación se pronunció recientemente en los siguientes términos:

“Tratándose de normas sobre medio ambiente y sanitarias que representan limitaciones legales para la empresa y la iniciativa económica, en aras del bien común (salud pública) y del medio ambiente (calidad de vida), la omisión del ejercicio de las competencias por parte de las autoridades administrativas o su deficiente desempeño, puede exponer a las personas a sufrir mengua en sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al medio ambiente sano. Ciertamente la resignación de las competencias administrativas se traduce en abrir la vía para que los peligros y riesgos, que en representación de la sociedad deberían ser controlados y manejados por la administración apelando a su amplio repertorio competencial, se ciernan directamente sobre los administrados amenazando en muchos casos sus derechos constitucionales. Adicionalmente, la omisión o negligencia administrativa, rompe los equilibrios que el Constituyente ha querido establecer mediante la consagración positiva de los principios de calidad de vida y desarrollo sostenible, abandonando al hombre y al ambiente a la completa instrumentación y sojuzgamiento por la razón ilimitadamente expansiva del capital, cuyos límites en la práctica son removidos por aquélla causa. En estas circunstancias, cancelada o debilitada la barrera de las autoridades administrativas y de la correcta aplicación de un cuerpo específico de normas protectoras, los particulares, diferentes de la empresa beneficiada y de sus beneficiarios reales que ante la ausencia de límites aumentan su poder, quedan respecto de éstos en condición material de subordinación e indefensión. Ante esta situación de ruptura de la normal relación de igualdad y de coordinación existente entre los particulares, la Constitución y la ley (CP art. 86 y D. 2591 de 1991, art. 42, num. 4 y 9), conscientes del peligro de abuso del poder privado, en este caso además ilegítimo, les conceden a las personas que pueden ser afectadas por el mismo la posibilidad de ejercer directamente la acción de tutela para defender sus derechos fundamentales

susceptibles de ser violados por quien detenta una posición de supremacía. Es claro para esta Sala que la inacción y la negligencia de la administración, encargada de aplicar y administrar las normas legales, entre otras graves consecuencias, genera y expande supremacías y poderes privados, a la par que aumenta la indefensión de amplios sectores sociales. Definitivamente es él expediente eficaz de un género perverso de distribución del poder social."4

16. Si bien la referencia anterior también describe la relación de fuerzas existente entre las partes en el presente caso, que corresponde a la destrucción del medio ambiente por obra de particulares guiados por un designio lucrativo y favorecidos por la pasividad de las autoridades públicas, es de anotar que pese a ser procedente la tutela contra el beneficiario real de esta situación (D. 2591 de 1991, art. 42-4), la orden a impartir para proteger los derechos fundamentales supone necesariamente que la acción particular continúe ejecutándose.

Para esta Sala es indiscutible que la devastación de parte de la riqueza forestal del resguardo de la comunidad indígena tuvo ocurrencia en el pasado y, como tal, produjo un daño consumado al ecosistema cuyos efectos se prolongan en el tiempo. Ese pronunciamiento sin embargo debe provenir de una sentencia judicial proferida luego de que se surta el respectivo procedimiento, en el que, con audiencia de todas las partes, se ventilen y controviertan los extremos de la responsabilidad y se determine la condena indemnizatoria a que haya lugar.

17. No sucede lo mismo respecto del sujeto público demandado toda vez que la omisión en el cumplimiento de sus funciones legales puede representar una amenaza actual de los derechos fundamentales.

Es obligación del Estado proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación (CP art. 8), entre ellas la diversidad e integridad del ambiente (CP art. 79). Con tal fin se adoptó como principio fundamental de política económica la planeación del manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (CP art. 80) y la intervención estatal en la economía para propender la preservación de un medio ambiente sano (CP art. 334). En la ejecución de estas directrices, el Estado tiene, entre otras funciones, las de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80).

El incumplimiento de la función de vigilancia ambiental por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo el cuidado y la preservación del medio ambiente propicia los abusos de particulares en la explotación de los recursos naturales. Esta situación puede verse agravada si luego de ocasionado un daño forestal el Estado no actúa oportunamente para prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental (CP art. 80). La omisión de la función estatal de restauración del medio ambiente gravemente alterado mantiene la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales cuyo amparo es materia de la presente acción de tutela.

La Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó, Establecimiento Público adscrito al Departamento Administrativo de Planeación Nacional, no sólo ejerce una función de policía de vigilancia sino también de policía de restauración del medio ambiente. Dentro de las funciones que la ley le otorga se encuentran las de conservación, defensa, administración, fomento, control y vigilancia de las reservas forestales (D. 760 de 1968, art. 4º), así como las de conservación, limpieza y mejoramiento de los ríos y reforestación, en el área comprendida por las hoyas de los ríos Atrato, San Juan y Baudó.

Los falladores de tutela coinciden en afirmar que CODECHOCO omitió, en forma negligente, el cumplimiento del objeto para el cual fue creado al no evitar, pese a tener conocimiento, el aprovechamiento ilícito que se venía haciendo en las riberas de los ríos Chajeradó, Tebará y Taparal, por parte de REINERIO PALACIOS. "La negligente y por ende permisiva actitud de CODECHOCO - sostiene el juez de primera instancia -, derivó en la consumación ilegal del daño ecológico producido entre 1987 y 1990 por Maderas del Darién S.A., a través de su contratista REINEIRO PALACIOS, en el resguardo de Chajeradó. A esta conclusión se llega necesariamente, del examen de las varias quejas dirigidas por la comunidad aborigen a través de "Orewa" y la "OIA" a diferentes organismos estatales como el Inderena y Codechocó, pero sólo a instancias y por reiterada insistencia del primero, el ente oficial a quien correspondía el manejo y control de los recursos naturales en la zona, vino a intervenir tardíamente suspendiendo los aprovechamientos ilegales y aplicando sanciones que por su contenido resultan inanes y sin efectividad práctica alguna, como bien puede concluirse de la Resolución 1195 de 13 de junio de 1991 (...)" (fl. 246, c.1). Esta apreciación es compartida por el Tribunal que desató la apelación cuando afirmó que "Codechocó aparece como ineficaz y negligente en el cumplimiento de su deber al no impedir el desafuero y al no estar vigilante de la suerte de los recursos naturales, no obstante las protestas oportunas de los representantes indígenas y de las distintas organizaciones entre ellas la O.I.A., interesadas en la defensa de los recursos naturales y de la integridad étnica" (fl. 77, c.6).

18. El fallo objeto de revisión limita su apreciación sobre la conducta omisiva de CODECHOCO al aspecto de la responsabilidad administrativa y disciplinaria de la entidad y de sus funcionarios por los daños ecológicos causados en el pasado. Deja de ver que el incumplimiento continuado de deberes estatales - prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental y restaurar los recursos naturales (CP art. 80) - representa un agravio a la Constitución que contraría el principio según el cual "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades" (CP art. 2).

La estrecha relación entre ecosistema equilibrado y sobrevivencia de las comunidades indígenas que habitan los bosques húmedos tropicales, transforma los factores de deterioro ambiental producidos por la deforestación, la sedimentación y la contaminación de los ríos - en principio susceptibles de acciones populares por tratarse de la vulneración de derechos e intereses colectivos (CP art. 88) -, en un peligro potencial contra la vida y la integridad cultural, social y económica de grupos minoritarios que, dada su diversidad étnica y cultural, requieren de una especial protección del Estado (CP art. 13). La inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un **etnocidio**, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias. Bajo la perspectiva constitucional, la omisión del deber de restauración de los recursos naturales (CP art. 80) por parte de las entidades oficiales que tienen a su cargo funciones de vigilancia y restauración del medio ambiente - CODECHOCO mediante Decreto 760 de 1968 - constituye una amenaza directa contra los derechos fundamentales a la vida y a la no desaparición

	<p>forzada de la comunidad indígena Emberá-Catío. Con el objeto de hacer cesar de manera inmediata la amenaza que se cierne sobre este grupo étnico, entre otros motivos por la omisión estatal del deber de restauración de los recursos naturales, esta Sala procederá a ordenar a la entidad pública demandada que emprenda las acciones necesarias para el control de los factores de deterioro ambiental en la zona de los ríos Chajeradó, Tebará y Taparal, comprendida dentro del resguardo indígena referido, sin perjuicio de las acciones legales que deberá ejercer contra los presuntos responsables del daño ecológico y social una vez se haya establecido su magnitud.</p> <p>Resuelve</p> <p>Primero. REVOCAR los numerales 1º y 2º de la sentencia de marzo 26 de 1993, proferida por la Sala Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, en el sentido de conceder la tutela solicitada y, en consecuencia, ordenar al Representante Legal de la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de la presente providencia, de inicio a las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados por el aprovechamiento forestal ilícito que tuvo lugar en el resguardo de la comunidad indígena Emberá-Catío del río Chajeradó entre junio de 1988 y noviembre de 1990, y, luego de la cuantificación de los daños causados, ejerza contra los particulares presuntamente responsables las acciones judiciales enderezadas a exigir su reparación, sin perjuicio de las que eventualmente instauren la comunidad lesionada o sus miembros.</p> <p>Parágrafo. La actuación administrativa que debe iniciarse dentro del término indicado deberá concluir con la cabal ejecución del programa de restauración ambiental que se adopte, y deberá necesariamente ser supervigilado por el Departamento Administrativo de Planeación Nacional, entidad a la cual se encuentra adscrita la Corporación Nacional para el desarrollo del Chocó.</p> <p>Segundo. CONFIRMAR los numerales 3º al 6º de la precitada sentencia, en el sentido de prevenir a las autoridades públicas y a los particulares para que en la explotación de los recursos naturales renovables se abstengan de realizar cualquier acción que, con violación de las normas constitucionales y legales, destruya o amenace destruir el ecosistema en la zona del resguardo indígena Emberá-Catío del río Chajeradó.</p> <p>Tercero. ORDENAR al Juzgado Tercero Agrario del Circuito Judicial de Antioquia ejercer la vigilancia efectiva de lo ordenado en esta providencia e imponer las sanciones respectivas en caso de incumplimiento, de conformidad con el artículo 53 del Decreto 2591 de 1991. (Documento 10)</p>
<p>Sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993</p>	<p>Demandante: Olga Lucí Alzate Tejada Magistrado ponente: Doctor Alejandro Martínez Caballero Problema jurídico: Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2762 de 1991</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional De la protección cultural de los raizales El artículo 7º de la Carta dice así: <i>ARTICULO 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de</i></p>

la Nación colombiana.

Por su parte el artículo 8° sostiene lo siguiente:

ARTICULO 8. Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.

Ambas normas son concordantes con el artículo 310 superior precitado, que reitera lo anterior para el caso del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

En este orden de ideas, la cultura de las personas raizales de las Islas es diferente de la cultura del resto de los colombianos, particularmente en materia de lengua, religión y costumbres, que le confieren al raizal una cierta identidad. Tal diversidad es reconocida y protegida por el Estado (art. 7°) y tiene la calidad de riqueza de la Nación (art. 8°).

Ahora bien, el incremento de la emigración hacia las Islas, tanto por parte de colombianos no residentes como de extranjeros, ha venido atentando contra la identidad cultural de los raizales, en la medida en que por ejemplo en San Andrés ellos no son ya la población mayoritaria, viéndose así comprometida la conservación del patrimonio cultural nativo, que es también patrimonio de toda la Nación.

De la protección ambiental -y el carácter ecológico de la propiedad-

Reza así el artículo 79 de la Constitución de 1991:

ARTICULO 79. Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las reas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

El Decreto 2762 de 1991 afirma en sus considerandos "que están en peligro los recursos naturales y ambientales del Archipiélago por lo que se hace necesario tomar medidas inmediatas para evitar daños irreversibles en el ecosistema". De allí que el ordinal c) del artículo 26 del Decreto le atribuya funciones a la Junta Directiva de la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCRE- para la "preservación, defensa y rescate de los recursos naturales del Departamento Archipiélago".

Es claro que el incremento poblacional desmesurado ejerce una presión sobre los recursos naturales de las Islas, en la medida en que la demanda de los mismos es superior a la oferta, desencadenándose así un proceso irreversible de deterioro del ecosistema. Tal proceso disminuye la calidad de vida de la población actual pero sobre todo compromete seriamente la supervivencia de las generaciones futuras. En otras palabras, el ecosistema -frágil, por esencia, no es patrimonio exclusivo de la población actual. Se tiene el deber constitucional de proteger el medio ambiente (art. 95.8) para legar a las generaciones futuras un mundo vivible y vivible es con cierta calidad de vida.

Es por ello que esta Corporación encuentra, aquí de nuevo, una total armonía entre la norma revisada y la Constitución.

En cuanto a la propiedad, el artículo 58 superior afirma que a ésta "le es inherente una función ecológica". El propio artículo añade que en caso de conflicto "el interés privado deberá ceder al interés público o social". Esta disposición es concordante con el artículo 95.8 de la Carta, que dispone que "el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades... Son deberes de la persona y del ciudadano: 8.

Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano". Incluso el cumplimiento de "los deberes sociales del Estado y de los particulares" había sido señalado ya desde el artículo 2° ídem como uno de los fines esenciales del Estado. Así las cosas, las personas no residentes en el Archipiélago que sean titulares de una heredad en las Islas deberán soportar las limitaciones de orden temporal que consagra el Decreto para disfrutar permanentemente del dominio, justamente por la necesidad de proteger la ecología. De allí la constitucionalidad de la norma.

De la confrontación entre los medios y los fines

Por todo lo expuesto observa la Corte que los altos fines perseguidos por la Constitución norma y desarrollados por la norma *sub exámine* -la triple protección de la supervivencia humana, raizal y ambiental-, confrontados con los medios empleados para ello en el Decreto -limitaciones para ingresar, circular, residir, trabajar, elegir y ser elegido en las Islas-, **existe una total adecuación de éstos a aquéllos**, toda vez que los medios no son tan gravosos, desproporcionales, irracionales o irrazonables que desnaturalicen los derechos que el artículo 310 de la Carta autoriza limitar en normas especiales.

En otras palabras, el costo del fin buscado no es superior a éste ni sacrifica su núcleo.

Ello por cuanto la Carta en forma expresa dispuso en el artículo 310 que mediante un régimen especial podrán disponerse medios que limiten ciertamente los derechos -como los previstos en el Decreto- pero que no sacrifiquen el núcleo esencial de los mismos.

En este orden de ideas, nótese que los derechos a ingresar, circular, residir, estudiar, trabajar y ser elegidos son objeto de una diferenciación especial autorizada por el constituyente, de tal magnitud que ellos no son sacrificados o desnaturalizados o eliminados, sino simplemente parcialmente limitados con fundamento en una lectura especial del principio de igualdad material que se expuso en su oportunidad.

Por esta vía pues **cohabitan los derechos** protegidos por la norma -la vida-, con los derechos parcialmente limitados.

Obsérvese además que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968, reitera en forma implícita la teoría del núcleo esencial de los derechos al establecer lo siguiente en su artículo 4:

*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en el ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, **sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos** y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general de una sociedad democrática (negrillas fuera de texto).*

Añádase a lo anterior que la norma *respeto* situaciones consolidadas tanto de raizales como de no raizales ya residentes en el Departamento Archipiélago y en general es una norma que limita los derechos de las personas *que en el futuro* deseen tanto ingresar como residir para ejercer determinados derechos en las islas, de suerte que no se afectan los derechos de ningún colombiano.

De la constitucionalidad de la norma

De conformidad con lo anterior, y a título de conclusión, la Corte Constitucional encuentra que **el Decreto 2762 de 1991 es conforme con la**

Constitución Política de Colombia, ya que, por lo expuesto, no contradice los postulados superiores sino que los desarrolla, motivo por el cual lo declarará exequible en la parte resolutive de esta sentencia.

Del Articulado

A continuación se relaciona el contenido del articulado del Decreto 2762 de 1991, agrupado por materias, con el objeto de establecer su relación con los subcapítulos anteriores, donde obra ya específicamente la argumentación acerca de la constitucionalidad de dichas normas. He aquí el articulado:

Artículo 1°.- Define el objeto del Decreto: limitar y regular los derechos de circulación y residencia.

Artículos 2° y 3°.- Establecen quién tiene derecho a fijar residencia en el Departamento Archipiélago.

Artículo 4°.- Regula el cambio de domicilio dentro de las Islas.

Artículo 5°.- Esta norma dice cuáles son los derechos de los residentes en el Archipiélago.

Artículo 6°.- Regula la pérdida de la calidad de residente.

Artículos 7° a 11.- Regulan la adquisición, derechos y pérdida de la residencia temporal en el Archipiélago.

Artículos 12 y 13.- Prescriben la forma de vinculación laboral de los no residentes.

Artículo 14 a 17.- Señalan los requisitos, derechos y limitaciones de los turistas.

Artículos 18 y 19.- Dicen quiénes se encuentran en situación irregular y sanciona tal modalidad.

Artículos 20 a 27, 31 y 35.- Estos artículos crean la Oficina de Control de Circulación y Residencia -OCCRE-, y le asignan diversas funciones tanto a su Director como a su Junta Directiva.

Artículos 28, 29 y 30.- Consagran sanciones para las agencias de viajes y las empresas transportadoras que no den cumplimiento al Decreto.

Artículos 32 y 33.- Adjudican funciones institucionales.

Artículo 34.- Señala la publicación de las medidas que se dicten para cumplir los objetivos del Decreto.

Artículos 36 y 37.- Indican las fechas de exigencia de los requisitos y de inicio de la vigencia del Decreto.

Disposiciones transitorias.- En dos artículos transitorios se regulan situaciones de transición.

De la relación de las anteriores normas se observa que, por lo expuesto en los capítulos anteriores -relativos a la igualdad de los derechos de circulación, trabajo, educación, participación política, ambiente sano, propiedad, patrimonio cultural y aspectos institucionales del Archipiélago-, ellas no violan la Constitución Política de Colombia.

Resuelve:

Declarar EXEQUIBLE el Decreto N° 2762 de 1991, por las razones expuestas en esta sentencia, en el entendido que a los servidores públicos nacionales que ejercen jurisdicción o autoridad política, judicial, civil, administrativa o militar, al igual que todos los integrantes de las fuerzas militares o de policía y los funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, que ingresen en ejercicio de sus funciones al Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, dicho Decreto se les aplica con las limitaciones establecidas en el cuerpo de esta sentencia.

	<i>(Documento 11)</i>
Sentencia C-058 del 17 de febrero de 1994	<p>Demandante: Alfonso Palma Capera. Magistrado Sustanciador: Dr. Alejandro Martínez Caballero</p> <p>Problema Jurídico El actor ha demandado dos normas diferentes de la Ley 48 de 1993, "por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización". Una norma -el artículo 27- es relativa a la exención del servicio militar de los indígenas "que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica". La pregunta entonces, que se plantea la Corte Constitucional, es si ¿lo conforme con la Constitución es la exención del servicio militar de todos los indígenas o de sólo aquellos que reúnan dos condiciones: una espacial -que residan en su territorio- y otra de identidad -que conserven su integridad cultural, social y económica?</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional En cuanto a lo primero, no es cierto que se haya legislado sobre diversas materias en la Ley 48 de 1993. Esta Ley se intitula así: "por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización". Y el artículo acusado se refiere a un beneficio concedido a los ex - militares. Se observa pues que media una conexidad entre el título de la Ley 48 y el artículo estudiado, pues en éste no se hace sino desarrollar el objeto de la fuerza pública y consagrar un estímulo -constitucional- para las personas destinatarias de la Ley. En cuanto a lo segundo, la Corte considera que como la ley estuvo firmada por los Ministros de Defensa Nacional, Hacienda y Crédito Público y Educación Nacional, ella estuvo correctamente sancionada por el Gobierno, puesto que la ley reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización. Es cierto que la ley toca tangencialmente aspectos relacionados con el Ministerio de Desarrollo y de Agricultura, quienes no firmaron la ley. Pero ello no constituye un vicio de formación de la ley porque la Constitución establece que el Gobierno deberá sancionar los proyectos pero no exige que todos los ministros cuyas carteras se vean afectados, incluso de manera tangencial, por una disposición legal tengan que firmarla. Colonización, derecho a la paz y el objeto de la fuerza pública Según el actor, el artículo 63 de la Ley 48 de 1993 viola el artículo 22 de la Constitución, que dispone que la paz es un derecho y un deber. La Corte estima que el actor no tiene ninguna razón para hacer tal afirmación, pues no se trata de una colonización "armada", como aduce el demandante, sino de una colonización normal, o colonización a secas, que es la única que existe, y que consiste en la titulación de un bien baldío a un particular para que ejerza actos de señor y dueño. Igualmente considera el actor que el fomento de la colonización viola el objeto de la fuerza pública, por cuanto las actividades de colonización no están comprendidas dentro de las funciones atribuidas por la Constitución a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional. La Corte no comparte ese criterio por cuanto considera que la fuerza pública no cumple únicamente sus funciones de manera armada, conforme al rol clásico de las fuerzas militares de protección de fronteras o de la Policía de preservación armada del orden interno, sino que el rol moderno de la fuerza pública puede ser más amplio. Así, es aceptado por la doctrina constitucional democrática que la fuerza pública puede y debe intervenir en momentos de</p>

graves catástrofes nacionales a fin de efectuar labores de rescate y de apoyo, pero como es obvio subordinada a las directivas de las autoridades civiles y políticas.

De la misma manera, es legítimo considerar que la fuerza pública puede cumplir sus objetivos constitucionales de manera desarmada, fuera de su marco tradicional clásico, por medio de actividades dentro de las cuales es posible incluir el fomento a la colonización con personal de oficiales, suboficiales y reservistas previsto por la norma impugnada. En efecto, si corresponde a las Fuerzas Militares garantizar "la integridad del territorio nacional" (Art 217 CP) y a la Policía Nacional "mantener las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz" (CP Art 218), es obvio que es legítimo que el Estado establezca políticas destinadas a asegurar una presencia efectiva de la fuerza pública dentro de todo el territorio nacional. Esto significa que es constitucionalmente legítimo que la fuerza pública no sólo salvaguarde de manera armada el orden público interno y externo, sino también que participe en labores destinadas a incorporar de manera efectiva los territorios a la vida económica, social y política del país. En efecto, mal podrían las Fuerzas Militares garantizar la integridad de territorios que ni siquiera han ingresado de hecho a la vida nacional. Y dentro de esa función constitucional de integración efectiva del territorio colombiano se encuentran las labores de colonización en zonas de frontera desplegadas por la fuerza pública desde los años treinta, cuando durante el gobierno Olaya Herrera las Fuerzas Militares comenzaron a colonizar los territorios amazónicos.

El fomento de la colonización por miembros de la fuerza pública, reservistas y el derecho a la igualdad.

La Corte estima entonces que no sólo los argumentos del accionante carecen de fundamento para declarar inexecutable la norma revisada sino que además ésta es un desarrollo de principios superiores consignados en la Carta. Los miembros en servicio activo pueden participar de tales labores como instrumento de desarrollo en zonas de frontera y como mecanismo de apoyo para la incorporación de nuevos territorios a la vida del país. Y los reservistas, además de lo anterior, como ejecución de los programas de prerrogativas que consagra la Constitución para aquellos que presten el servicio militar. En efecto, el artículo 216 de la Carta permite a la ley fijar "las prerrogativas por la prestación" del servicio militar. Ello es justo, pues se premia a las personas que le han prestado un servicio al país. Los altos valores fundantes del Estado colombiano, consagrados en el Preámbulo y los artículos iniciales de la Carta, encuentran expresión en esta norma. Si un colombiano le ha prestado servicio al país, tiene derecho a gozar de prerrogativas. Es precisamente lo que hace el artículo revisado: se le premia con la titulación a un ex-militar. Por ello la norma realiza la Constitución.

De acuerdo a los anteriores argumentos, considera la Corte que el fomento a la colonización previsto por el artículo 63 de la Ley 48 de 1993 es conforme a la Constitución. Sin embargo, como es obvio, esa colonización deberá efectuarse dentro del marco de los principios, derechos y valores consagrados por la Constitución. Esto significa entonces, de un lado, que ella deberá respetar las orientaciones establecidas por las autoridades civiles políticas.

De otro lado, las colonizaciones sólo podrán efectuarse en tierras baldías por cuanto no pueden desconocer el derecho de propiedad en general (CP art 58)

ni en particular los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y aquellas que hagan parte del patrimonio arqueológico de la Nación, puesto que, conforme al artículo 63 de la Constitución, todas ellas son inalienables.

Finalmente, las políticas de fomento a la colonización no podrán traducirse en un desconocimiento del derecho de la igualdad establecido por el artículo 13 superior, por lo cual ellas no pueden convertirse en un mecanismo de exclusión de las otras personas que intenten efectuar procesos de colonización, puesto que de ser así, se estaría vulnerando la Constitución.

Colonización y medio ambiente.

Según el demandante, el artículo impugnado desconoce el derecho al ambiente sano de que trata el artículo 79 superior, porque el fomento de la colonización pone en peligro la biodiversidad.

La Corte comparte las preocupaciones del demandante sobre los graves efectos que los procesos de colonización han tenido sobre el medio ambiente en nuestro país, puesto que éstos se han dirigido fundamentalmente hacia zonas de gran riqueza ecológica, como son los bosques tropicales. Según estudios científicos, "es posible hallar en una sola hectárea de selva amazónica tantas especies arbóreas como en todos los bosques de la zona templada de Norteamérica, igual número de aves, y una vez y media más mariposas que en los Estados Unidos y Canadá juntos."³

Así, gracias a estas selvas tropicales, Colombia, con algo más del 15% de la biota mundial, figura entre las naciones que poseen mayor megadiversidad, lo cual, relacionado con su superficie (un 0,7% del área mundial), la convierte en uno de los lugares con mayor riqueza biológica ⁴. Según algunos estudios, Colombia sería, después del Brasil, el segundo país en el mundo con mayor biodiversidad (número de especies de plantas y animales)⁵.

Sin embargo, estos ecosistemas de bosque tropical son extremadamente frágiles, porque a pesar de su exuberancia y diversidad de especies, tienen suelos muy pobres en nutrientes. En efecto, la tanta y tan variada riqueza que da origen a las más altas especializaciones biológicas depende en grado sumo de los procesos que se desarrollan en los estratos superiores de la selva húmeda tropical y mediante los cuales se asegura el vital aprovisionamiento de nutrientes a las plantas, mientras que los suelos prácticamente dan un simple soporte físico a tan prodigioso pero frágil ecosistema. Por paradójico que suene, la base de la riqueza de la selva húmeda tropical se encuentra entonces en las alturas. Por eso, cuando desaparecen los árboles, se afecta de manera irreversible los ciclos químicos y se interrumpe las delicadas cadenas alimenticias y de protección de este maravilloso mundo, provocando de esa manera la destrucción de las especies allí presentes, puesto que éstas, debido a su gran especialización funcional, no podrían sobrevivir en otros ambientes, así como no podría generarse un ecosistema como el de la selva tropical sin toda esta riqueza biológica.

Ahora bien, en la actualidad las colonizaciones se efectúan en lo esencial mediante la "tala y quema" de los bosques pues el colono simplemente busca adecuar un terreno para la producción agropecuaria inmediata, sin tomar en consideración el impacto ecológico de tales procesos. Esta actitud es sociológicamente explicable porque la mayoría de los colonos, presionados por difíciles situaciones de violencia o precariedad económica, ven en las selvas una de las pocas alternativas productivas para el sustento inmediato. Pero ello ha tenido efectos ecológicos catastróficos pues ha hecho de la

colonización un sinónimo de deforestación. Así, en el mundo se calcula que cada año son destruidas 11 millones de hectáreas de bosque tropical; en Colombia cada año son deforestadas aproximadamente 600 mil hectáreas. A ese ritmo, se calcula que los 53 millones de hectáreas de bosque que tiene el país desaparecerían totalmente en pocas décadas.

Esta deforestación de las selvas tropicales provoca una irreversible pérdida de biodiversidad. Se estima que más del 70% de la flora y la fauna del país se encuentra en los sistemas forestales. Pero tiene también otros graves efectos aledaños: agudos desequilibrios climáticos, contaminación de aguas, agudización del efecto invernadero por cuanto los procesos de quema equivalen a la emisión anual de 124 millones de toneladas de gas carbónico. Además, como estos suelos son muy pobres químicamente, en pocos años pierden sus nutrientes, y son dedicados a la ganadería extensiva, lo cual convierte en sabanas -cuando no se llega a la pura y simple desertificación- los terrenos anteriormente ocupados por la exuberante floresta tropical.

A pesar de que los mayores riesgos ecológicos derivados de estos procesos de colonización se ciernen sobre las selvas tropicales, es obvio que ellos han afectado también, a veces de manera irreversible, otros ecosistemas de gran riqueza e importancia ambiental, como los manglares, los bosques de nieblas o los páramos, por no citar sino los más importantes. Podemos entonces concluir que la colonización -tal y como se ha practicado en las últimas décadas- ha tenido efectos ecológicos catastróficos.

En tales circunstancias, no puede el Estado colombiano fomentar estas formas de colonización, puesto que la diversidad biológica constituye una riqueza estratégica que no sólo puede constituir un importante factor de desarrollo para Colombia sino que es en sí misma un patrimonio de todos los colombianos y un valor que la propia Constitución ordena proteger (CP Art 8 y 79). En efecto, la Corte ya había establecido en anteriores decisiones que la protección del medio ambiente ocupa un lugar tan trascendental en el ordenamiento jurídico que la Constitución contiene una "constitución ecológica", conformada por todas aquellas disposiciones que regulan la relación de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente.

Esta Constitución ecológica tiene entonces dentro del ordenamiento colombiano una triple dimensión: de un lado, la protección al medio ambiente es un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger las riquezas naturales de la Nación (CP art 8). De otro lado, aparece como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho constitucional que es exigible por diversas vías judiciales (CP art 79), tal y como lo estableció esta corporación en la sentencia C-67/93 en donde unificó los principios y criterios jurisprudenciales para la protección del derecho al medio ambiente sano. Y, finalmente, de la constitución ecológica derivan un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y a los particulares. Así, conforme al artículo 79 de la Constitución, el Estado deberá proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica. Igualmente, el artículo 80 superior constitucionaliza uno de los conceptos más importantes del pensamiento ecológico moderno, a saber, la idea según la cual el desarrollo debe ser sostenible. En efecto, señala esta norma:

Artículo 80. El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de los

recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (Subrayado de la Corte).

El concepto de desarrollo sostenible es considerado por muchos expertos como una categoría síntesis que resume gran parte de las preocupaciones ecológicas. Esta concepción surgió inicialmente de la Declaración de Estocolmo del 16 de junio de 1972 efectuada en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano. Fue ampliada posteriormente por el llamado "informe Brundtland" elaborado por una comisión independiente presidida por la señora Brundtland, primer ministro de Noruega, y a quien la resolución 38/161 de 1983 de la Asamblea General de las Naciones Unidas confió como mandato examinar los problemas del desarrollo y el medio ambiente y formular propuestas realistas en la materia. De allí surgió el informe "Nuestro futuro común" que especifica teóricamente el concepto de desarrollo sostenible, el cual fue posteriormente recogido por los documentos elaborados en la conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro de 1992, en especial por la llamada Carta de la Tierra o Declaración sobre el desarrollo y el medio ambiente, el Convenio sobre la Biodiversidad Biológica y la Declaración sobre la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo. En Colombia, expresamente la Constitución (CP art 58) y la Ley de creación del Ministerio del Medio Ambiente (Art 3 Ley 99 de 1993) han incorporado tal concepto.

Muchos de estos documentos internacionales carecen todavía de fuerza jurídica vinculante; pero constituyen criterios interpretativos útiles para determinar el alcance del mandato constitucional sobre desarrollo sostenible. De ellos se desprende que tal concepto ha buscado superar una perspectiva puramente conservacionista en la protección del medio ambiente, al intentar armonizar el derecho al desarrollo -indispensable para la satisfacción de las necesidades humanas- con las restricciones derivadas de la protección al medio ambiente. Desarrollo, protección ambiental y paz aparecen entonces como fenómenos interdependientes e inseparables, tal y como lo establece el principio 25 de la Carta de la Tierra. La solidaridad intergeneracional es así el elemento que ha guiado la construcción del concepto, ya que es considerado sostenible aquel desarrollo que permite satisfacer las necesidades de las generaciones presentes pero sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias. Por consiguiente, el desarrollo sostenible debe permitir elevar la calidad de vida de las personas y el bienestar social pero sin sobrepasar la capacidad de carga de los ecosistemas que sirven de base biológica y material a la actividad productiva.

Considera la Corte que muchas de las obligaciones ecológicas impuestas por la Carta de 1991 adquieren mayor significado a la luz de esta idea de desarrollo sostenible. Así, es claro que el derecho a un medio ambiente sano (CP art 79) incluye no sólo el derecho de los actuales habitantes de Colombia sino también el de las generaciones futuras. Igualmente, la obligación estatal de proteger la diversidad e integridad del ambiente (CP art 79 inciso 2) no debe entenderse en un sentido puramente conservacionista como la imposibilidad de utilizar productivamente los recursos naturales para satisfacer las necesidades de las personas, ya que los "seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible" (Principio 1 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo). Por eso, el mandato constitucional obliga es a efectuar una utilización

sostenible de tales recursos. Así, el Convenio sobre la Diversidad Biológica define en su artículo 2 como utilización sostenible "la utilización de componentes de la diversidad biológica de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras."

En tal contexto, es indudable que la dimensión ecológica de la Constitución, como norma de normas que es (CP art. 4), confiere un sentido totalmente diverso a todo un conjunto de conceptos jurídicos y económicos. Estos ya no pueden ser entendidos de manera reduccionista o economicista, o con criterios cortoplacistas, como se hacía antaño, sino que deben ser interpretados conforme a los principios, derechos y obligaciones estatales que en materia ecológica ha establecido la Constitución, y en particular conforme a los principios del desarrollo sostenible.

Por todo lo anterior, considera la Corte que hoy no tienen ningún respaldo constitucional ciertos procesos y conceptos que anteriormente pudieron ser considerados legítimos, cuando los valores ecológicos no habían adquirido el reconocimiento nacional e internacional que se les ha conferido en la actualidad. Y eso sucede en particular con el concepto de que la colonización puede ser predatoria, puesto que, por las razones empíricas y normativas señaladas anteriormente, estos procesos son inaceptables ya que se efectúan en contradicción con los principios ecológicos establecidos por la Constitución. Hoy en Colombia no es legítima una colonización incompatible con la preservación del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

Con base en los anteriores argumentos, concluye la Corte que el fomento a la colonización previsto por el artículo impugnado tiene legitimidad constitucional únicamente si se efectúa de acuerdo a los principios del desarrollo sostenible constitucionalizados por la Carta de 1991, de lo cual derivan restricciones y limitaciones.

De un lado, la Corte desea llamar la atención a las agencias estatales encargadas de esta función, para que sean especialmente celosas en la protección del ambiente sano, de suerte que al momento de dar aplicación al artículo 63 de la Ley 48 de 1993 no se disponga de tierras de reserva o de conservación o de manejo especial, sino sólo de territorios aptos para una colonización compatible con la explotación sostenible -que no sostenida- de los recursos naturales.

De otro lado, reitera la Corte que el respeto a los conocimientos de las poblaciones que tradicionalmente han ocupado tales territorios es esencial, no sólo por el mandato constitucional de la protección de la diversidad cultural sino por las contribuciones que estos grupos humanos pueden efectuar en el diseño de estrategias de desarrollo sostenible. Así, señala el principio 22 de la Declaración de Río de 1992 que "las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberán reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible."

Finalmente, la Corte constata que por medio de la Ley 99 de 1993, el Estado colombiano creó el Ministerio del Medio Ambiente, como organismo rector de la gestión ecológica. Conforme a su ley de creación, a esta entidad corresponde definir "las políticas y regulaciones a las que se sujetarán la

	<p>recuperación, conservación, protección, ordenamiento, manejo, uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables y el medio ambiente de la nación, a fin de asegurar el desarrollo sostenible" (Art 2 Ley 88 de 1993). Por consiguiente, considera la Corte que es obvio que el fomento a la colonización previsto por el artículo impugnado se tiene que efectuar dentro de los marcos del desarrollo sostenible diseñados por el Ministerio del Medio Ambiente. Esto significa que la colonización, para ser legítima desde el punto de vista constitucional, no sólo debe respetar en general los principios del desarrollo sostenible, sino que el fomento a la colonización previsto por la norma impugnada debe estar en perfecto acuerdo con las políticas que sobre la materia deberá dictar el Ministerio de Medio Ambiente.</p> <p>Resuelve. Primero: Declarar EXEQUIBLE el artículo 27 (parcial) de la Ley 48 de 1993. Segundo: Declarar EXEQUIBLE el artículo 63 de la Ley 48 de 1993, por los motivos señalados en este fallo, precisando que la colonización se debe hacer en estricta conformidad con las políticas de desarrollo sostenible que para tal efecto deberá formular el Ministerio del Medio Ambiente, de acuerdo al mandato del artículo 80 de la Constitución. <i>(Documento 12)</i></p>
<p>Senten- cia T-349 del 8 de agosto de 1996</p>	<p>Demandante: Octavio González Warsona Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz Problema jurídico: Acción de tutela contra el Cabildo Indígena región – Chami y Cabildo Mayor Único (CRIR) por vulneración de sus derechos al debido proceso, a la defensa, a la vida y a la integridad física, consagrados en los artículos 29, 11 y 12 de la Constitución Política. Intenta a través de este mecanismo judicial que se le permita regresar a su comunidad (en el momento de interponer la tutela se encontraba recluido en la cárcel distrital de Pereira) pues “es viudo y tiene dos hijos de siete y dos años que están con [su] segunda esposa que es muy joven.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional El artículo 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional. Respecto al análisis de la norma la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos: 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.' Interesa aquí, particularmente, el estudio de los límites que se fijan para el ejercicio de las facultades jurisdiccionales conferidas de manera potestativa a</p>

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.

Ahora, para concretar este mínimo, 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 (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígena, indígenas de dos comunidades diferentes). 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.

La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es éste segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela.

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. 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.

A juicio de la Sala, este 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.

Este exceso en el ejercicio de las facultades jurisdiccionales que la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades indígenas hace procedente la tutela en el caso del actor, puesto que además de implicar una violación a su derecho al debido proceso (restringido en su contenido a la legalidad del delito y de la pena), se trata de un caso en el que el actor no dispone de otro medio de defensa judicial. En efecto, quien tomó la decisión definitiva fue la comunidad reunida en pleno, autoridad suprema y, por lo tanto, incuestionable en sus determinaciones.

Para garantizar el derecho del actor, pero también la autonomía de la comunidad para decidir sus asuntos, se dispondrá preguntarle a la comunidad si desea juzgar nuevamente al actor, imponiéndole una de las sanciones tradicionales, o si, por el contrario, prefiere que el caso sea resuelto por la justicia ordinaria.

	<p>Tal decisión, que deberá tomarse en una reunión general por ser la autoridad máxima de la comunidad, deberá ser notificada en el término de 30 días calendario al juez que adelanta el proceso penal en contra del actor. Durante este tiempo, el proceso penal continuará su curso regular y de no haber una respuesta oportuna y clara de la comunidad, se entenderá que ella ha renunciado a su facultad de juzgar al actor. Si la comunidad decide juzgarlo nuevamente, éste será remitido por la justicia ordinaria al territorio de la comunidad, para lo cual la Policía Nacional prestará su concurso si al momento de notificarse la decisión de la comunidad el actor no ha sido capturado aún.</p> <p>Resuelve: Primero: CONFIRMAR el numeral primero del fallo proferido por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató, aclarando que la tutela se concede solamente por violación del principio de legalidad de la pena (referido a su concepción específica), de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva. <i>(Documento 13)</i></p>
<p>Sentencia T-496 del 26 de septiembre de 1996</p>	<p>Actor: Libardo Guainas Finscue Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz Problema Jurídico: Alcance del Fuero Indígena.</p> <p>El indígena Páez Libardo Guainas Finscue interpone acción de tutela en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de La Plata, Huila, por vulneración de sus derechos a la protección de la diversidad étnica y cultural, al reconocimiento de su lengua, a la igualdad, a la libertad de conciencia, a la libertad de cultos y al derecho que tienen los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, consagrados en los artículos 7, 10, 13, 18, 19 y 246 de la Constitución Política. Intenta a través de este mecanismo judicial poder volver a su comunidad (actualmente se encuentra en la Cárcel del Distrito Judicial de Neiva) y ser juzgado por las normas tradicionales de la etnia Páez.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional Las Jurisdicciones especiales y el alcance del fuero indígena: Al funcionar paralelamente una jurisdicción especial indígena con el sistema jurídico nacional pueden presentarse conflictos de competencia por lo tanto el interprete en la solución de estos conflictos debe ponderar los derechos básicos de todos los individuos en tanto seres humanos y las necesidades esenciales del sujeto como miembro de un grupo cultural específico. El reconocimiento constitucional de la existencia de la jurisdicción indígena otorga el derecho a los miembros un fuero que “les concede el derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos dentro de su ámbito territorial con el objeto de garantizar su cosmovisión como individuo”. Pero esto no significa que siempre que un indígena este involucrado en conductas jurídicamente reprochables, la jurisdicción indígena sea competente para conocer el caso, ya que el fuero indígena esta limitado los cuales se aplicaran dependiendo del caso en concreto. Por lo tanto el fuero indígena cuenta con dos caracteres fundamentales: a. CARÁCTER PERSONAL: Este elemento determina si el individuo debe ser</p>

	<p>juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad.</p> <p>b. CARÁCTER GEOGRAFICO: Este carácter le permite a cada comunidad juzgar aquellas conductas que ocurran dentro de su entorno territorial de acuerdo con sus propias normas.</p> <p>Resuelve</p> <p>Primero: CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Primero Municipal de la Plata, Huila, del veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996), que a su vez confirmó la proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Plata, Huila, el cuatro (4) de junio de mil novecientos noventa y seis (1996).</p> <p>Segundo: COMUNICAR el fallo al Juzgado Primero Municipal de la Plata, Huila, para los efectos previstos en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. <i>(Documento 14)</i></p>
<p>Senten- cia C-139 del 9 de abril de 1996</p>	<p>Actores: Jaime Bocanegra, Rosalía Coll, Norma Hurtado, Amparo Mosquera y Alberto Ospina</p> <p>Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz</p> <p>Problema Jurídico: Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional</p> <p>Consideraciones generales: la jurisdicción indígena en la Constitución de 1991 y el conflicto entre los principios de diversidad y unidad.</p> <p><i>El reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena</i></p> <p>El proceso participativo y pluralista que llevó a la expedición de la Constitución de 1991, en el que intervinieron directamente representantes de las comunidades indígenas, dio lugar al reconocimiento expreso de la diversidad étnica y cultural y a su protección efectiva mediante la creación de una jurisdicción especial indígena. En efecto, el artículo 1 de la Carta consagra el pluralismo como uno de los pilares axiológicos del Estado Social de derecho colombiano, mientras que el artículo 7 afirma que "el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana". El artículo 246 de la Constitución Política, por su parte, establece la jurisdicción indígena, en los siguientes términos:</p> <p>"Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional."</p> <p>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</p>

jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad, del que la Corte se ocupará en detalle más adelante.

En relación con la vigencia de la jurisdicción especial indígena y su supuesta dependencia de la expedición de la ley a que alude el aparte final del artículo 246 del estatuto superior, la Corte Constitucional en la sentencia T-254/94, expresó lo siguiente:

"El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. De otra parte, al Legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de justicia nacional (CP art. 246)."

No es cierto, entonces, como lo afirman los demandantes, que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La Constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto del legislativo.

6.2.2. El conflicto de principios: diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales

La creciente conciencia de la diversidad étnica y cultural -provocada por las facilidades de desplazamiento y de comunicación contemporáneas y la globalización de las relaciones económicas- y el declive de las concepciones éticas de corte moderno, han puesto de presente la necesidad de reconocer y proteger la convivencia, dentro de un mismo territorio, de grupos culturales que sostienen cosmovisiones distintas. De hecho, los problemas relacionados con el multiculturalismo y la tolerancia son una parte fundamental de las discusiones éticas, políticas y jurídicas de la actualidad, todas encaminadas a trazar la difícil línea entre la protección de la diversidad étnica y cultural, por una parte, y la unidad política y la defensa de un "mínimo ético" representado por los derechos fundamentales. El problema ha sido planteado por esta Corte en los siguientes términos:

"Existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales. Mientras que éstos filosóficamente se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal."

Nuestra Constitución, como esta Corporación lo reconoció en la misma sentencia, no adopta ni una posición universalista extrema ni un relativismo cultural incondicional. En otras palabras, la Carta parte de la regla general del respeto a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), pero establece la limitación de ésta cuando su ejercicio implica el desconocimiento de preceptos constitucionales o legales (artículos 246 y 330). Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural,

por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente, es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural. De lo contrario, se restaría toda eficacia al pluralismo que inspira el texto de la Carta, como lo advirtió la Corte Constitucional en la decisión aludida:

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

Esta directriz interpretativa se justifica, además, por la naturaleza particular de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas. Como lo anota el profesor portugués Boaventura de Sousa Santos, "los derechos étnicos deben ser construidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades antes de que puedan proteger, como derechos humanos, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades." En otras palabras, las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.

6.2.3. La necesidad de un paradigma interpretativo fundado en la equidad en los casos relativos a la diversidad étnica y cultural

La sopesación de los principios mencionados, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. En una sociedad como la colombiana, en la que existen 81 pueblos indígenas, muchos de ellos conocidos sólo por especialistas, cuyos sistemas jurídicos pueden ser clasificados en 22 grupos, resulta aventurado establecer reglas generales que diriman el conflicto entre diversidad y unidad. Si bien el legislador tiene competencia para establecer las directivas de coordinación entre el sistema judicial indígena y el nacional, la eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo pueden ser logrados satisfactoriamente sólo si se permite un amplio espacio de libertad a las comunidades indígenas, y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas a mecanismos de solución de conflictos específicos, como las acciones ordinarias o la acción de tutela. Estos mecanismos, además, cumplen el requisito establecido por el numeral 2 del artículo 8 del Convenio 169 de la OIT ("Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes"), incorporado a nuestra legislación mediante la Ley 21 de 1991, que consagra lo siguiente:

"Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea

necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio."

El procedimiento de solución de dichos conflictos debe atender las circunstancias del caso concreto: la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de ésta respecto de la cultura mayoritaria, la afectación de intereses o derechos individuales de miembros de la comunidad, etc. Corresponderá al juez aplicar criterios de equidad, la "justicia del caso concreto" de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto, teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.

El artículo 1 de la Ley 89 de 1890

La Ley 89 de 1890 fue promulgada con el fin de "reducir a los salvajes a la vida civilizada", dentro de un contexto histórico claramente contrastante con el contemporáneo. La ley buscaba fortalecer la política integracionista, dentro de la concepción ética universalista que consideraba lo diferente como incivilizado. Para ello, creó un fuero legislativo especial para los indígenas, cuya titularidad correspondía al Gobierno y a la autoridad eclesiástica, aparte éste que choca claramente con la protección de la diversidad étnica y cultural y los dictados expresos de la Constitución de 1991, por dos motivos fundamentales: en primer lugar, la potestad otorgada al Gobierno y a las autoridades eclesiásticas para intervenir en el gobierno de los pueblos indígenas contraría el artículo 330 de la Constitución Política, que prescribe: "de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades...". En este precepto se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a aquéllas. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizadas por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno indígena. Respecto de esta potestad reconocida a los pueblos indígenas, la Corte afirmó lo siguiente en la sentencia C-027/93, al declarar la inexecutable del régimen canónico especial para los territorios indígenas previsto en el Concordato celebrado entre Colombia y la Santa Sede:

"Se reconoce así en el Estatuto Máximo la evolución que han tenido, con signos de mejoramiento, las zonas marginadas del país, que de ser consideradas minusválidas en el pasado, se le abren las posibilidades de asumir la conciencia de su propia identidad y de ahí que se les conceda autodeterminación y autogobierno propios."

Un segundo motivo de inexecutable del artículo 1 acusado, se encuentra en la terminología utilizada en su texto, que al referirse a "salvajes" y "reducción a la civilización" desconoce tanto la dignidad de los miembros de las comunidades indígenas como el valor fundamental de la diversidad étnica y cultural. Una concepción pluralista de las relaciones interculturales, como la adoptada por la Constitución de 1991, rechaza la idea de dominación implícita en las tendencias integracionistas. Aunque se puede entender que los términos del artículo acusado han sido derogados tácitamente por las nuevas leyes que regulan la materia (v.gr. Convenio 169 de la OIT, que habla de "pueblos indígenas y tribales") y, sobre todo, por la Constitución de 1991, no encuentra la Corte ninguna razón para mantener en vigencia el artículo acusado, como quiera que su significado, independientemente de los términos en que se expresa, es contrario a la Constitución.

Por último, considera la Corte indispensable señalar que la declaración de inexecutable del artículo 1 de la Ley 89 de 1890 no implica la desaparición de la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas de dictar sus propias normas y procedimientos, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley. Esta facultad es resultado directo del texto del artículo 246 de la Carta, que tiene eficacia autónoma y que, por tanto, regula la potestad legislativa y jurisdiccional otorgada a las comunidades indígenas.

El artículo 5 de la Ley 89 de 1890

Sostienen los demandantes que el artículo 5, impugnado, es contrario a la Constitución, por cuanto, en su opinión, los gobernadores de los cabildos indígenas no están autorizados para ejercer funciones jurisdiccionales. La Corte no comparte este argumento porque, como lo anotaron los intervinientes en el presente proceso, el artículo 246 de la Carta estableció claramente la posibilidad de que las autoridades indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Sin embargo, la Corte considera necesario hacer un detenido análisis del artículo 5, debido a que en él se encuentran elementos normativos esenciales dentro de la tensión valorativa descrita en el apartado anterior.

En efecto, el tipo penal establecido en dicho artículo tiene tres componentes que deben ser estudiados separadamente: el bien jurídico protegido (la moral), la autoridad encargada de establecer la sanción (el gobernador del cabildo indígena) y la sanción misma (uno o dos días de arresto). En cuanto a lo primero, el castigo de faltas contra la moral parece, a primera vista, vulnerar la separación contemporánea entre el ámbito moral y el jurídico, y establecer un tipo penal en blanco. Sin embargo, esta conclusión parte de la asunción del esquema jurídico predominante en la sociedad colombiana, en el que existe una clara diferenciación entre dichos ámbitos (cf., entre otras, la sentencia C-221/94); una mirada a la norma desde la perspectiva de sus destinatarios lleva a la conclusión contraria, por cuanto los ordenamientos jurídicos de las comunidades indígenas carecen de dicha separación tajante. Carlos Perafán, estudioso de los sistemas jurídicos indígenas de Colombia, describe de la siguiente manera las prácticas de estas comunidades en relación con la tipicidad penal:

"La tipicidad penal en los grupos indígenas está determinada por la visión del mundo de cada cultura, en donde una ética corresponde a cada ontología. Es característico de las culturas de las comunidades amerindias que esta ética sea extensiva no sólo a las personas, sino también al medio ambiente considerado en su conjunto, animales, plantas y minerales incluidos, que están mediados por seres sobrenaturales, ritualizándose la relación con estos elementos. Es a partir de esa relación particular que se desprende la tipicidad propia de cada cultura."

La posibilidad de señalar sanciones por faltas contra la moral, entendida ésta como el conjunto de usos y costumbres de la comunidad, no contraría las disposiciones de la Constitución Política. Por el contrario, es un desarrollo del campo de autonomía amplio otorgado a las comunidades por los artículos 7 y 246 de la Carta con el fin de preservar los usos y costumbres de éstas. Los desbordamientos de ese campo de autonomía y la afectación de derechos y principios constitucionales prevalentes, como se afirmó anteriormente, deben ser solucionados a través de las directrices generales establecidas por el legislador (artículo 246 CP) y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto.

Sin embargo, la conformidad con la Constitución no puede ser predicada, en opinión de la Corte, en relación con los otros dos elementos del tipo penal del artículo 5: la autoridad encargada de establecer la sanción y el contenido de ésta. En cuanto a lo primero, la determinación estricta del miembro de la comunidad que debe aplicar la sanción (el gobernador del cabildo indígena) es contraria al artículo 246 de la Constitución Política, que habla en términos generales de "las autoridades de los pueblos indígenas". La restricción introducida por vía legislativa desconoce la garantía amplia establecida por el constituyente en favor de la diversidad étnica y cultural en materia de administración de justicia. Por otra parte, la restricción anotada desconoce la realidad de la aplicación de sanciones en las comunidades indígenas, como quiera que cada comunidad tiene formas diversas de resolución de conflictos, a cargo de personas que no siempre son los gobernadores del cabildo y que, incluso, pueden ser órganos colectivos. Así, se pueden distinguir sistemas de resolución de disputas segmentarios (en los que la autoridad es ejercida por miembros del grupo familiar), permanentes (en los que la administración de justicia está a cargo de autoridades centralizadas), religiosos (en los cuales se recurre a la opinión del conocimiento mágico-como los piache entre los wayúu o los jaibaná entre las culturas del Pacífico- o de representantes de instituciones religiosas), e incluso mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la compensación (arreglo directo entre miembros de dos grupos familiares).

En relación con el señalamiento de una sanción de uno a dos días de arresto para las faltas contra la moral de la comunidad, valen las mismas observaciones hechas respecto de la autoridad competente.

La limitación del tipo de sanción que puede imponer la comunidad para conservar sus usos y costumbres contraría tanto la letra del artículo 246 (que confiere a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia "de acuerdo con su propias normas y procedimientos") como la realidad de las comunidades destinatarias de la norma. En efecto, el arresto no es la única sanción compatible con la Constitución y las leyes; dentro del marco constitucional, es posible que las comunidades indígenas apliquen una amplia variedad de sanciones, que pueden ser más o menos gravosas que las aplicadas fuera de la comunidad para faltas similares; es constitucionalmente viable así mismo que conductas que son consideradas inofensivas en la cultura nacional predominante, sean sin embargo sancionadas en el seno de una comunidad indígena, y viceversa. En este punto, no entra la Corte a determinar cuáles pueden ser estas conductas, ni cuáles los límites de su sanción. Conforme con la perspectiva interpretativa señalada anteriormente, corresponde al juez en cada caso trazar dichos límites, y al legislador establecer directivas generales de coordinación entre los ordenamientos jurídicos indígenas y el nacional que, siempre dentro del respeto del principio de la diversidad étnica y cultural, armonicen de manera razonable la aplicación de éste con las disposiciones de la Carta.

En conclusión, la Corte no encuentra una justificación razonable para las limitaciones a la diversidad étnica impuestas por el artículo 5 de la Ley 89 de 1890, en relación con la autoridad competente y el contenido de la sanción, motivo por el cual declarará la inconstitucionalidad de dicha disposición.

El artículo 40 de la Ley 89 de 1890

En este precepto el legislador además de asimilar a los indígenas a la condición de menores de edad, para efectos del manejo de sus porciones en

los resguardos, los autoriza a vender dichos bienes con sujeción a las normas contenidas por el derecho común para la venta de bienes raíces de los menores de edad, en cuyo caso deben solicitar licencia judicial justificando la necesidad o utilidad y, una vez obtenido el permiso, la venta se hará en pública subasta conforme a las reglas del procedimiento civil. Igualmente, consagra que es nula y, por tanto, sin ningún valor la venta que se haga en contravención a lo dispuesto, como las hipotecas que afecten terrenos de resguardo, aún hecha la partición de éste.

En criterio de los actores esta norma es inconstitucional por contrariar el párrafo del artículo 98 de la Carta, que establece la mayoría de edad a los dieciocho años, y "desconoce el derecho de ciudadano (sic) a todos los indígenas que pretendan vender tierras de resguardo, evento para el cual los considera menores de edad". Al respecto, considera la Corte pertinente aclarar que el artículo 40 de la ley 89 de 1890, materia de impugnación, en este punto fue modificado por la ley 27 de 1977, anterior a la Constitución vigente, en cuyo artículo 1o. consagró: "Para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor, a quien ha cumplido diez y ocho (18) años"; y en el artículo 2o. expresó: "En **todos** los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los **mayores de 18 años**". Así las cosas, ha de entenderse que cuando en la disposición acusada se alude a los menores, se está refiriendo a los menores de 18 años.

Posteriormente, se expidió la Carta de 1991 que incluyó en el párrafo del artículo 98, norma que los actores consideran como vulnerada, lo siguiente: "Mientras la ley no decida otra edad, la ciudadanía se ejercerá a partir de los dieciocho años". Y en el artículo 99 señaló que "La calidad de ciudadano en ejercicio es condición previa e indispensable para ejercer el derecho de sufragio, para ser elegido y para desempeñar cargos públicos que lleven anexa autoridad o jurisdicción".

A juicio de la Corte la norma acusada no es inexecutable por las razones expuestas por los actores sino por tratar a los indígenas como incapaces relativos, tratamiento que deriva, sin duda, de considerar que quienes no son partícipes del mundo de valores prevaleciente en el país y que pudiera comprenderse bajo el rubro genérico de "cultura occidental" son personas menguadas urgidas de tutela paternalista. Tal actitud, ciega para la comprensión de otras formas de vida y otras cosmovisiones, es incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, armónica a la vez con el reconocimiento de la dignidad humana como supuesto incontrovertible.

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que las constituyen, en consecuencia, tratadas como portadoras de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y a la civilización, sino sujetos culturales plenos, en función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono con sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala.

De otra parte, el Constituyente de 1991 con el fin de proteger la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas estableció la propiedad colectiva

	<p>de los resguardos y de las tierras comunales de las étnias asignándoles, entre otros, el carácter de inenajenables, de manera que no pueden ser objeto de venta o transacción alguna por parte de ninguno de los miembros que conforman la comunidad indígena. Quiso así el Constituyente defender las tierras de los pueblos indígenas como colectividad sujeta a tratamiento especial.</p> <p>Ante esta circunstancia, el artículo 40 de la ley 89 de 1890 será declarado inexecutable por violar los artículos 1, 13, 63 y 329 de la Constitución.</p> <p>Resuelve Declarar INEXEQUIBLES los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. <i>(Documento 15)</i></p>
<p>Sentencia T- 523 del 15 de octubre de 1997</p>	<p>Demandante: Francisco Gembuel Pechene Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz</p> <p>Problema jurídico: Acción de tutela presentada contra Luis Alberto Passu, Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y Luis Alberto Finscuc, Presidente de la Asociación de Cabildos de la Zona Norte del Departamento del Cauca, por violación de sus derechos a la vida, a la igualdad y al debido proceso. Solicitó a través de este mecanismo judicial, que el informe final de la investigación realizada por las autoridades indígenas del Norte del Cauca, en relación con la muerte de Marden Arnulfo Betancur, no fuera presentado a la comunidad Páez.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional La solución constitucional a los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía. El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.</p> <p>En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante.</p> <p>En otras palabras, aún siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su</p>

territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido.

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.

Así lo entendió la Corte Constitucional, que en la sentencia T-349 de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un "verdadero consenso intercultural", deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

Sobre el primer punto, la Sala consideró que, como "sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la nación, atienda a la regla de "la **maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de la **minimización de las restricciones** indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía". Este criterio supone que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

"a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. la seguridad interna).

b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas".

Es obvio, como lo señala la sentencia citada, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencia en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos.

Por lo tanto, y bajo este presupuesto, los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre", es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico"). Estas medidas se justifican porque son "necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto

constitucional."

Estos criterios son los que deberá tener en cuenta la Sala para decidir este caso.

III. EL CASO CONCRETO.

Planteamiento del problema

La Corte debe resolver básicamente dos problemas jurídicos.

a. ¿Corresponde a las características del ordenamiento jurídico Páez de Jambaló, el procedimiento que adelantaron las autoridades de los Cabildos Indígenas del Norte del Cauca?

b. ¿Las penas impuestas al actor por la Asamblea General rebasan los límites impuestos al ejercicio de las facultades jurisdiccionales, por parte de las autoridades indígenas?

Para resolver el primer problema, es pertinente referirse a los presupuestos que orientan el procedimiento de la comunidad Páez de Jambaló, para confrontarlo con las actuaciones que realizó el cabildo indígena en el caso específico. El segundo punto, se solucionará a través las reglas de interpretación que la Corte ha establecido.

La tradición de la comunidad Páez.

Como bien lo afirma la antropóloga Esther Sánchez, la cultura Páez debe ser estudiada como parte de un "tejido históricamente configurado". No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de los mayores que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos.

Ese proceso fue posible entonces, porque los paeces, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. Un ejemplo de ello es su ordenamiento jurídico, claramente impregnado por simbologías y procedimientos propios que, para el caso que ocupa a la Corte, merecen ser estudiados.

En efecto, para los paeces no hay nada que la comunidad no sepa. Por ello, su procedimiento, que se origina en el "yacska te' c'indate tenge'a mecue " o "rastros que dejan los mayores", pretende indagar sobre los hechos que rompieron el equilibrio, a través de la palabra de sus miembros. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al cabildo que adelante la investigación y sancione a los culpables. Este, a su vez, deberá nombrar una comisión investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, quien se encargará de determinar las faltas y "encontrar la mentira en la palabra de los acusados".

Lo primero que deberá hacer esta comisión investigadora, es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a otras etapas, si la niegan, continúa la investigación, recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber

visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando las visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será, entonces, la valoración que hace el cabildo del informe presentado por la comisión investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar, y si es el caso, imponer las sanciones. En ella se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Como la Asamblea General es infalible, según sus miembros, pues sus decisiones están basadas en el "us yacni" (la memoria), que se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite hacer público el suceso oscuro, no está contemplada la segunda instancia. Es claro que estos sucesos oscuros no sólo son aquellos que produjeron directamente el daño, sino también los que de alguna manera hayan permitido o facilitado la alteración de la armonía.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro y al acusado de reincidir.

Los castigos más usuales entre los paeces son: el fueite, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio. El fueite y el destierro, que son los castigos que interesan en este caso, son ampliamente utilizados en el cabildo de Jambaló. El primero, que consiste en la flagelación corporal con un "perrero de arriar ganado", aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte, es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros.

La legalidad del procedimiento adelantado contra el actor

Conforme a lo explicado hasta aquí, la Corte deberá establecer si el procedimiento que adelantó la Asociación de Cabildos de la Zona Norte contra Francisco Gembuel, violó el debido proceso, y si las decisiones adoptadas por la comunidad excedieron los límites impuestos al ejercicio de la jurisdicción indígena. Procederá entonces a analizar estas actuaciones.

Competencia de los Comunidad indígena.

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta Corporación en una decisión reciente "la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre

en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad...".

En el caso que ocupa a la Corte, este conflicto de competencias es planteado por el mismo actor, quien niega la autoridad del cabildo y reclama los derechos que se otorgan a cualquier ciudadano dentro de la justicia ordinaria, en especial el ser asistido por un abogado. Para resolverlo, es necesario, entonces, analizar los elementos subjetivos y territoriales de este caso.

Respecto del primero, es decir, sobre la pertenencia del actor a la comunidad, él mismo rindió testimonios encontrados. En un primer momento expresó:

"Si de Jambaló, yo soy nacido allá, claro que en alguna época estuvimos andando, con la familia pero hace más o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo posesiones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio donde funciona toda la comunidad indígena y yo soy parte de esa comunidad, por eso soy miembro y además estoy dentro del censo que anualmente hace el cabildo" (fl. 45. Testimonio rendido el 20 de diciembre de 1996).

Sin embargo, en un segundo interrogatorio ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao, y al preguntársele si se consideraba miembro activo de la comunidad Páez respondió:

"En la actualidad no, y antes si, o sea más de un año por la razón que yo tenía unas posesiones, en terrenos del resguardo entonces yo probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo...sólo tengo mi vivienda que en la actualidad habito..." (fl. 196. Testimonio rendido el 7 de enero de 1997).

Para la Corte, esta última declaración sugiere una actitud acomodada del demandante para acceder a los supuestos beneficios de la justicia ordinaria. Si se tiene en cuenta que Francisco Gembuel, además de tener posesiones dentro del resguardo (él mismo lo señaló en la audiencia fl.155), habitar en él y estar incluido dentro del censo, ha sido uno de los líderes políticos más importantes de la comunidad Páez (fue incluso presidente del CRIC) es fácil concluir su pertenencia a ella. Como lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso "la capacidad de metamorfosis del actor es evidente, sabe jugar como indio para la sociedad blanca pero internamente como blanco en la sociedad indígena."

Claro está, que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable, es que pretenda renunciar a ella, en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades.

En cuanto al segundo factor, el territorial, al demandante se le acusa de haber cometido un delito dentro del resguardo. Por lo tanto, y al conjugar los elementos subjetivos y geográficos, es evidente que se trata de un conflicto interno que debe ser resuelto por las autoridades indígenas.

Adecuación del proceso.

Como ya lo señaló la Corte, el derecho al debido proceso constituye un límite

a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.

En el caso que ocupa a la Corte, después de confrontar las pruebas que obran en el expediente, con la información suministrada por los intervinientes en este proceso, es forzoso concluir que el debido proceso se cumplió.

En efecto, como se explicó en la parte correspondiente a los hechos, después del asesinato del Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancur, los familiares del difunto pidieron al cabildo indígena que asumiera la investigación para determinar si Francisco Gembuel, Diego Anibal Yule, Jorege Elieser Quiguanás, Marcos Vitónco y Alirio Pito, habían sido los autores intelectuales. Contrario a lo que afirma el demandante, esta investigación desde sus inicios se dirigió a comprobar si los sindicatos eran las personas que injustamente habían acusado al Alcalde, pues era claro que el ELN lo había asesinado. Así lo señala la comisión investigadora en el acta N° 2 de 1996 (fl. 57), al ordenar "asegurar inmediatamente a las personas que acusaron y calumniaron al Ex Gobernador y Alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancurt Conda." (Cursivas fuera de texto).

El Gobernador de Jambaló, dada la gravedad del caso y el peligro que representaba el autor material conocido como el "Frente Cacique Calarcá" del ELN, solicitó la colaboración de los demás cabildos de la zona norte para realizar la investigación, actuación que no es contraria al procedimiento páez, que contempla como principios la unidad y la colaboración de los demás cabildos en situaciones conflictivas. Pero además, el hecho de que la Asociación de Cabildos del Norte del Cauca, y no simplemente el Cabildo de Jambaló, haya sido la encargada de investigar al actor, era previsible, puesto que en 1984 los paeces habían realizado un convenio de cooperación para enfrentar los casos en los que estuvieran involucrados grupos armados, denominado "Acuerdo de Vitoco".

La orden de trasladar a los acusados a Toribío para escuchar sus declaraciones, tampoco podría considerarse como violatoria del debido proceso porque, aunque no es usual, ella se adoptó para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal de los acusados, que se encontraban amenazados por la presencia del grupo insurgente en las inmediaciones de Jambaló. Por su parte, las demás actuaciones de la comisión investigadora, es decir, la recepción de testimonios de los comuneros y la inspección ocular del lugar donde presuntamente Francisco Gembuel habló con la guerrilla, se realizaron siguiendo el curso normal de la investigación.

Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que el actor insiste, fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro

del sistema normativo de la comunidad. En Jambaló, por ejemplo, el acusado puede ser defendido por un miembro que conozca la lengua y las costumbres y además, tiene la oportunidad de hablar personalmente durante la Asamblea, para contradecir a los testigos que declararon en su contra.

En el evento estudiado, a Francisco Gembuel no se le violó el derecho de defensa, en primer lugar, porque se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro activo de la comunidad y en segundo lugar, porque se le brindó la oportunidad de rendir sus descargos durante la Asamblea, posibilidad que el mismo demandante declinó. En efecto, cuando se le dio la palabra manifestó: "...En cinco minutos no puedo hacer mis descargos. Yo sólo me atengo al fallo de tutela" (fl. 145). Nótese, además, que en atención a la sentencia del juez penal municipal de Santander de Quilichao, la comunidad convocó a otra Asamblea General el 10 de febrero de 1997, para realizar nuevamente los careos; en ella, el demandante respondió libremente a los testigos.

Por otra parte, la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.

La legalidad de las penas

a) El fuate

La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado.

Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuate, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: "(...) todo acto por el cual se infrinja intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier

razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionarios público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas". La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es un particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.

Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso "Tyrer", en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela, a tres golpes "con una vara de abedul", no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana, "porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan esta nociones": Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de "Irlanda contra el Reino Unido", en el que esa Corte reiteró, que mientras las penas no produzcan "sufrimientos de una intensidad y crueldad particular", no podrían considerarse como tortura".

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura.

El fuste consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepe, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de

gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que "humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno", porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al "escarmiento" público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

Nótese, además, como las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso "Tyrrer" ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea "es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas", mientras que la sociedad Páez, como comunidad aborigen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorrilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor.

En relación con las penas corporales que impone una comunidad indígena, ya existe un antecedente jurisprudencial de esta Corporación. En la sentencia T-349 de 1996, tantas veces citada, se aceptó la práctica del cepo en la comunidad emberá - chamí, estableciendo que, lejos de tratarse de un comportamiento cruel e inhumano, se trataba de una pena que hacía parte de su tradición y que la misma comunidad consideraba como valiosa por su alto grado intimidatorio y por su corta duración, consideraciones que bien pueden extenderse a la práctica de fueite dentro de la comunidad Páez.

Cabe recordar, además, que en otra decisión la Sala Plena de la Corte consideró ajustado a la Carta el "castigo moderado" que el Código Civil contempla como uno de los deberes de los padres con respecto a los hijos de familia, a pesar de que las condiciones socio - culturales de la sociedad mayor, son notablemente distintas a las que prevalecen en la comunidad indígena.

b) El destierro

El artículo 38 de la Constitución Política establece como límite constitucional al ejercicio de la sanción punitiva la de imponer pena de destierro, pues ella significa aislar al individuo de su entorno social y condenarlo al ostracismo. De acuerdo con el Pacto Internacional, de Derechos Políticos y Civiles (art. 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5) el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional. Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción del artículo 38 de la Constitución. Por otra parte, el hecho que la comunidad

decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación.

Ahora bien, de acuerdo con lo dicho hasta aquí, es preciso señalar, que no es compatible con el principio de la diversidad étnica y cultural imponerles a las comunidades indígenas las sanciones o castigos que la tradición occidental ha contemplado (como parecen sugerirlo los jueces de tutela). Una interpretación en contrario, plantearía un razonamiento contradictorio que podría expresarse así: "La Constitución propende a la recuperación de su cultura, pero sólo en aquellas prácticas que son compatibles con la cosmovisión de la sociedad mayoritaria". Es claro que un razonamiento de este tipo respondería a una hegemonía cultural incompatible con el pilar axiológico del pluralismo que, entre otras, permite a las comunidades aborígenes la materialización de sus costumbres, siempre y cuando no violen el núcleo duro de lo que "verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre". Pero además, desconocería los mismos preceptos constitucionales que, al reconocer la autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, posibilitan, dentro del marco del Estado, la recuperación y reinterpretación de los símbolos y tradiciones culturales propias.

No asiste razón a los jueces de tutela, al afirmar que los Gobernadores de los Cabildos Indígenas de la Zona del Norte de Cauca violaron el derecho al debido proceso del actor, pues estas autoridades tuvieron extremo cuidado en cumplir el procedimiento que tradicionalmente se utiliza en la comunidad. Además, se le permitió ejercer su defensa personalmente durante las Asambleas realizadas el 24 de diciembre de 1996 y el 10 de febrero 1997 y se le brindó la posibilidad de ser defendido por un miembro de la comunidad, siempre y cuando conociera la lengua y las costumbres, como así lo contempla el procedimiento utilizado tradicionalmente en Jambaló. Las sanciones, por su parte, tampoco sobrepasaron los límites impuestos al ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas, en primer lugar, porque de acuerdo con las faltas cometidas, es decir, la calumnia y el desconocimiento de la autoridad del cabildo, tanto la pena del fuste como la de destierro era previsible para el actor. En segundo lugar, porque ninguna de ellas desconoció el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud o la prohibición de la tortura.

Resuelve

Primero: **REVOCAR** el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, de enero ocho (8) de mil novecientos noventa y siete (1997) y en su lugar, **NEGAR** la tutela interpuesta por Francisco Gembuel contra el Gobernador del Cabildo Indígena de Jambaló y contra el Presidente de la Asociación de Cabildos del Norte.

(Documento 16)

Senten-
cia SU-
039 del 3
de febrero
de 1997

Demandante: Doctor Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA

Magistrado ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell

Problema jurídico: La Sala Plena de la Corte Constitucional, revisa el proceso de la acción de tutela radicado bajo el número T-84771 instaurada por el señor Defensor del Pueblo, doctor Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del Grupo Étnico Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc., según la competencia de que es titular de conformidad con los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el decreto 2591 de 1991.

Consideraciones de la Corte Constitucional

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

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

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural,

	<p>social y económica.</p> <p>Resuelve: Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha 19 de octubre de 1995. Segundo: CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Especial, de fecha 12 de septiembre de 1995, mediante la cual se concedió la tutela impetrada, pero con la modificación de que se tutelan, los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa. Tercero: ORDENAR que con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de participación de la comunidad U'wa, conforme al numeral 2 del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa. Cuarto: La tutela que se concede, sobre el derecho fundamental a la participación de la comunidad U'wa, estará vigente, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, en razón de la vulneración de dicho derecho. Para este efecto la comunidad U'wa deberá demandar dicha nulidad, si es del caso, en los términos del Artículo 76 de la ley 99 de 1993. <i>(Documento 17)</i></p>
<p>Sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998</p>	<p>Actores: Álvaro de Jesús Torres Forero Magistrado ponente: Dr Eduardo Cifuentes Muñoz Problema jurídico: La iglesia Pentecostal Unida de Colombia y 31 indígenas Arhuacos interpusieron acción de tutela el 28 de mayo de 1997, ante la sala de familia del tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, contra varias autoridades de la comunidad indígena Arhuaca, por considerar que estas vulneraron sus derechos fundamenta la vida (cp artículo 11), a la integridad personal (CP artículo 12), al libre desarrollo de la personalidad (C.P artículo 16, a la libertad de expresión (C.P Artículo 20), a la honra (C.P Artículo 21) y ala libertad personal (C.P Artículo 28).</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional De lo anterior se infiere con claridad que, para la Corte, el principio de diversidad e integridad personal no es simplemente una declaración retórica, sino que constituye una proyección, en el plano jurídico, del carácter democrático, participativo y pluralista de la república colombiana y obedece a "la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental." En estas condiciones, como fue mencionado, la Constitución Política permite al individuo definir su identidad con base en sus diferencias específicas y en valores étnicos y culturales concretos, y no conforme a un concepto abstracto y general de ciudadanía, como el definido por los Estados liberales unitarios y monoculturales. Lo anterior traduce un afán válido por adaptar el derecho a las realidades sociales, a fin de satisfacer las necesidades de reconocimiento de aquellos grupos que se caracterizan por ser <i>diferentes</i> en cuestiones de raza, o cultura. En suma, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural obedece al imperativo de construir una democracia cada vez más inclusiva y</p>

participativa (C.P., artículos 1° y 2°) y de ser consecuentes, de otro lado, en la concepción según la cual la justicia constituye un ideal incompleto si no atienden a las reivindicaciones de reconocimiento de los individuos y comunidades (C.P., preámbulo y artículos 1°, 7°, 13 y 16).

En consecuencia, la Corporación ha considerado que, frente a la disyuntiva antes anotada, la Carta Política colombiana ha preferido una posición intermedia, toda vez que no opta por un universalismo extremo, pero tampoco se inclina por un relativismo cultural incondicional. Según la Corte, "sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural", afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330).

Según la jurisprudencia de la Corte, en principio, la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos "a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre."

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.

No obstante que el examen de la Corte lleva a eliminar el estigma de inconstitucionalidad atribuido por los demandantes a la conducta de las autoridades indígenas - en cuanto se ha demostrado que ella queda cobijada por el margen de diferencia cultural que la Constitución garantiza y, además, no es ajena a una forma específica de conducta religiosa garantizada -, ella no puede pretermitir consideraciones mínimas de respeto a la dignidad de la persona humana. El respeto a la persona humana impide a las autoridades indígenas incurrir en actos arbitrarios y apelar a procedimientos inhumanos y degradantes para sujetar a los miembros de la comunidad que se desvíen de los cánones tradicionales. Si más allá de sancionar las conductas objetivas que violan los usos y costumbres del pueblo indígena, de modo que ante la ley indígena todos sean iguales, lo que se proponen sus autoridades es punir al no creyente por el mero hecho de serlo, así este se someta a las reglas existentes, sin duda se está frente a una manifestación de poder que la Constitución rechaza.

En efecto, el régimen punitivo de una comunidad indígena, pese a que monolíticamente se defina según ciertas creencias religiosas o míticas, no puede sancionar al miembro que decida abrigar un credo distinto. La diferencia cultural no ampara el recorte del núcleo esencial de la libertad religiosa que, en lo que respecta a la determinación personal de profesar una cierta concepción religiosa, se confunde con la libertad de conciencia. La diferencia cultural autoriza la existencia de comunidades indígenas estructuradas sobre la base de una única visión espiritual. Sin embargo, el respeto a la dignidad de la persona humana, hace incompatible que se apele a la diferencia cultural para someter de modo totalitario las conciencias de los miembros.

No obstante, la creencia en el evangelio puede implicar que se incumplan las normas tradicionales de la comunidad por ser incompatibles con los mandatos

	<p>bíblicos. En este caso, las autoridades están en su derecho de sancionar a quien no obedece en los términos en los que deben obedecer los restantes miembros de la comunidad. La interdicción de perseguir al disidente por el mero hecho de serlo, no implica que éste adquiera un título válido para dejar de cumplir las reglas de la vida comunitaria que todos deben acatar en razón de su condición de miembros de la comunidad. El poder de las autoridades indígenas no se extingue frente a las acciones violatorias de las costumbres y usos perpetradas por el no creyente. Es posible que el nuevo sentimiento religioso exponga al disidente a inobservar reglas de la vida social que se inspiran en los valores espirituales vernáculos. La autoridad encargada de sancionar las violaciones a las pautas que ordenan la vida social, mientras se limite con objetividad a aplicar lo que en la comunidad es el derecho válido, no incurre ciertamente en arbitrariedad.</p> <p>Resuelve: Primero. CONFIRMAR la sentencia de julio 31 de 1997 proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en los términos de los fundamentos Jurídicos 51 a 62 de la presente providencia. Segundo. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que envíe copia de la presente decisión al Ministerio del Interior a fin de que dicha entidad, en uso de sus facultades legales y en cumplimiento de las funciones que le atribuye el artículo 5° de la ley 199 de 1995, disponga los trámites necesarios para traducir, en el menor tiempo posible, la presente decisión a la lengua arhuaca. <i>(Documento 18)</i></p>
<p>Sentencia T- 266 del 27 de abril de 1999</p>	<p>Actores: José de la Cruz Suárez Álvarez, coadyuvado por los Mamos de la comunidad Arhuaca de Jewrwa Magistrado ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Problema Jurídico: Acción de tutela contra el Juzgado 3 Penal del Circuito de Valledupar, por una presunta violación de los derechos al debido proceso y a la defensa del actor, y del derecho a la jurisdicción especial indígena del pueblo Arhuaco.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional Inexistencia de temeridad en la actuación del actor y procedencia de la segunda tutela: Si bien la existencia de otro mecanismo judicial de defensa, era fundada para la fecha en que se adoptó la decisión anulada por la Corte Suprema (11/7/95), ya no lo era cuando se dictó la sentencia definitiva (23/9/95), pues el 13 de julio de 1995, la misma Sala de Decisión Penal que conoció de la tutela resolvió: <i>"no revisar el fallo de junio 23 de 1993, emitido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, mediante el cual se condenó a José de la Cruz Suárez Álvarez por el homicidio de Ana Nellys Robles Torres"</i>. De esta manera, al dictarse la sentencia de la primera tutela, la Sala de Decisión que había resuelto negativamente la revisión tres meses antes, negó el amparo porque aún se disponía de un mecanismo <u>ya agotado</u> y, por tanto, incurrió en una evidente vía de hecho. Sin embargo, esa primera tutela no fue seleccionada por la Corte Constitucional para su revisión. b) Ahora bien: Para la Corte es claro que la segunda tutela incoada por Suárez Álvarez no fue temeraria, primero, porque el actor adjuntó como anexo</p>

la sentencia de la primera acción; segundo, porque específicamente solicitó protección tras haber agotado el medio ordinario de defensa judicial del que, según ese fallo, aún disponía: la acción de revisión; tercero, porque también dirigió la segunda tutela contra la decisión de esa acción de revisión; y cuarto, porque en la sentencia de la primera tutela, el Tribunal Superior de Valledupar también incurrió en una vía de hecho, como se acaba de exponer.

Sumado a lo anterior, en la segunda tutela no sólo se solicitó restablecer los derechos fundamentales de José de la Cruz, sino también el derecho, igualmente fundamental pero ya no personal sino colectivo, del pueblo Arhuaco de Jewrwa para ejercer sobre los miembros de esa comunidad la jurisdicción especial consagrada en el artículo 246 Superior.

Esta diferencia básica entre las dos acciones de tutela fue entendida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, que actuó como juez *a quo* en la segunda tutela, quien expuso detenidamente las razones por las que resolvió negarse a reconocer el derecho de los Mamos para juzgar el delito imputado a Suárez Álvarez. No obstante, la Sala Penal del Tribunal, al fallar en segunda instancia, ignoró totalmente la solicitud de los Mamos y demás miembros de la comunidad de Jewrwa, para que se les permitiera administrar justicia en este caso o, al menos, recibir la custodia del detenido para que purgara la pena entre su comunidad.

En síntesis, es ineludible concluir que se debe revocar la sentencia de segunda instancia adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, porque la segunda tutela no es igual a la primera, porque el actor no actuó de manera temeraria y porque, como se mostrará más adelante, la tutela no debió ser conocida por la misma Sala de Decisión que profirió una de las providencias contra las cuales se solicitó el amparo judicial.

Violación del derecho fundamental al debido proceso:

La Corte analizará sólo dos de las alegadas violaciones al debido proceso, la indebida declaración de ausencia, y la falta de prueba sobre la imputabilidad del sindicado, porque siendo temas de indudable relevancia constitucional, son suficientes para los efectos de la revisión de esta tutela.

a) Indebida declaración de ausencia.

Esta Corporación examinó la constitucionalidad de la declaración de persona ausente en materia penal en la sentencia C-488/96 y, en esa oportunidad, consideró:

"En el caso del procesado ausente, debe distinguirse entre el procesado que se oculta y el sindicado que no tiene oportunidad de enterarse de la existencia del proceso, para efectos de determinar los derechos que les asiste. Así, cuando la persona se oculta, está renunciando al ejercicio personal de su defensa y delegándola en forma plena en el defensor libremente designado por él o en el que le nombre el despacho judicial del conocimiento. No obstante, conserva la facultad de hacerse presente en el proceso en cualquier momento e intervenir personalmente en todas las actuaciones a que haya lugar de acuerdo con la etapa procesal respectiva; pero no puede pretender que se repitan las actuaciones ya cumplidas, aunque sí solicitar la declaración de nulidad por falta de defensa técnica.

"Situación diferente se presenta cuando el procesado no se oculta, y no comparece debido a que las autoridades competentes no han actuado en forma diligente para informar al sindicado la existencia del proceso, pues frente a este hecho, el procesado cuenta con la posibilidad de solicitar, en

cualquier momento, la nulidad de lo actuado y, si ya se ha proferido sentencia definitiva ejecutoriada, puede acudir a la acción de tutela, siempre y cuando las acciones y recursos legales no sean eficaces para restablecerle el derecho fundamental que se le ha vulnerado”

Bajo esta perspectiva, la Corte debe concluir que el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar sí violó a Suárez Álvarez el derecho a comparecer y a ejercer su propia defensa, pues no garantizó al sindicado el debido proceso en los términos de la jurisprudencia constitucional citada.

b) Prueba de la imputabilidad del procesado.

Como el proceso penal se inició en enero de 1991 -antes de entrar en vigencia la actual Carta Política, y culminó en 1993-, el Juez Penal que exigió responsabilidad al actor, debió establecer si éste era imputable, no sólo porque bajo el régimen constitucional vigente desde el 7 de julio de 1991, los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a ser juzgados por sus propias autoridades, cuando tal fuero de juzgamiento procede, sino porque bajo el régimen constitucional anterior, a un indígena no se le podía sentenciar válidamente a una pena como la impuesta a Suárez Alvarez, sin que se hubiera acreditado su calidad de imputable.

Así, si bien en el proceso penal que se adelantó en contra del actor, la prueba sobre la imputabilidad del sindicado no condicionaba la competencia del Juzgado de Instrucción que inició la investigación en enero de 1991, a partir de la vigencia de la actual Carta Política, de ese medio probatorio sí dependía no sólo la competencia del Despacho del conocimiento para imponerle a Suárez Alvarez una pena -como la de 18 años de prisión que en efecto le impuso-, sino también la de la jurisdicción.

Nótese que la inexistencia de un medio de prueba cualquiera sobre la imputabilidad del indígena sindicado, fue suficiente para que el Representante del Ministerio Público solicitara la declaración de nulidad de lo actuado antes de dictarse la sentencia condenatoria, y es bastante para establecer que el Juzgado Tercero Penal del Circuito tampoco tenía jurisdicción, de acuerdo con la jurisprudencia sentada en el fallo T-349/96, en la que se consideró que a las autoridades de los pueblos indígenas sí se les había otorgado la facultad para administrar justicia en el campo penal, y se señalaron criterios que permiten afirmar que, en este caso, los Mamos son competentes para juzgar a Suárez Alvarez. Dijo la Corte:

"El artículo 246 de la Constitución, establece la jurisdicción indígena en los siguientes términos:

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

"Respecto al análisis de la norma la Corte se ha pronunciado en los siguientes términos:

'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.'

"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.

"Ahora, para concretar este mínimo, 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 (v.g. un blanco y un indígena, un negro y un indígena, indígenas de dos comunidades diferentes). 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.

"La distinción es relevante, porque en tanto en el primer caso los sujetos involucrados pertenecen a ambientes culturales diversos, en el segundo, todos comparten, en principio, la misma tradición. Es éste segundo caso el que ocupará la atención de la Corte, de acuerdo con lo señalado inicialmente al plantear los problemas jurídicos que encierra la tutela.

"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. 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.

"A juicio de la Sala, este 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".

Así, es claro que en el caso de Suárez Alvarez, la jueza demandada violó su derecho al debido proceso cuando se negó a reconocer que carecía de jurisdicción y competencia para condenarlo a la pena de prisión que le impuso, sin prueba alguna sobre la imputabilidad del actor. Y no es de extrañar que en 1995, después de un año de que el condenado se presentara al DAS y fuera arrestado para purgar 18 años de prisión, éste juzgara injusta su situación, y aceptara la ayuda del abogado Manuel Jerónimo Manjarrés Correa para ejercer la acción de revisión del proceso penal y la primera de tutela.

Violación del derecho personal al juez natural, y del comunitario al ejercicio de la jurisdicción especial

Al respecto, esta Sala debe reiterar en el presente caso, la jurisprudencia

constitucional sobre la vía de hecho y la cosa juzgada, señalando que no puede surgir la segunda de una decisión contraria a derecho y que viola derechos fundamentales. A este respecto, la Corte en la sentencia C-543/92 consideró :

"Ahora bien: de conformidad con el concepto constitucional de autoridades públicas, no cabe duda de que los jueces tienen esa calidad en cuanto les corresponde la función de administrar justicia y son obligatorias para los particulares y también para el Estado. En esa condición no están excluidos de la acción de tutela respecto de actos u omisiones que vulneren o amenacen derechos fundamentales, lo cual no significa que proceda dicha acción contra sus providencias. Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia".

Por tanto, el llamado a la autoridad del superior jerárquico del Juez Cuarto Penal del Circuito de Valledupar, no debió impedir que este funcionario analizara, como juez de tutela en primera instancia, si el Juez Tercero Penal del mismo Circuito había violado los derechos fundamentales del actor con actuaciones que constituyen vía de hecho, y si en las mismas actuaciones había incurrido también la Sala Penal del Tribunal Superior al decidir la acción de revisión de esa sentencia condenatoria, y si el fallo de la primera acción de tutela constituía, como ciertamente lo constituye, una vía de hecho más.

los hechos por los cuales se sindicó al actor fueron cometidos dentro del territorio que controla el pueblo indígena Arhuaco y que el demandante es, además, miembro activo de dicho pueblo. Por tanto, cuando el Juez Tercero Penal del Circuito de Valledupar se negó a reconocer la jurisdicción y competencia de los Mamos para conocer de la muerte de Ana Nellys Robles Torres y para juzgar a Suárez Alvarez, violó a este último el derecho a ser procesado por su juez natural, y violó al pueblo Arhuaco su derecho fundamental a ejercer la jurisdicción especial que la Constitución asignó a sus autoridades tradicionales.

Los fallos de instancia serán entonces revocados y, en su lugar, se otorgará la tutela del derecho del actor al debido proceso, y del derecho del pueblo Arhuaco a ejercer la jurisdicción especial consagrada en el artículo 246 de la Carta Política, inicialmente desarrollado en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

Resuelve:

Primero. Revocar las sentencias proferidas por el Juez Cuarto Penal del Circuito -11 de marzo de 1998-, y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar -2 de junio del mismo año- y, en su lugar, tutelar

	<p>el derecho al debido proceso de José de la Cruz Suárez Álvarez, y el derecho del pueblo Arhuaco al ejercicio de la jurisdicción especial indígena.</p> <p>Segundo. Declarar nulo el proceso penal adelantado en contra de José de la Cruz Suárez Álvarez por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Valledupar, desde que ese Despacho declaró persona ausente al sindicado, por violación del artículo 29 de la Carta Política. En consecuencia, ordenar que el expediente respectivo sea entregado a los Mamos, junto con el detenido Suárez Álvarez, para que ellos, como las autoridades judiciales competentes que son, resuelvan de acuerdo con las normas propias de ese pueblo.</p> <p><i>(Documento 19)</i></p>
<p>Sentencia C-169 del 14 de febrero de 2001</p>	<p>Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz</p> <p>Problema Jurídico: Revisión constitucional del proyecto de ley número 025/99 Senado y 217/99 Cámara, “por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional</p> <p>Generalidades - Materia de la ley</p> <p>Debe la Corte, en primer lugar, determinar si la materia del proyecto de ley bajo revisión se cuenta entre las que, de conformidad con el artículo 152 de la Constitución, requieren el trámite de una ley estatutaria.</p> <p>Del título del proyecto, se desprende que tiene por objeto reglamentar el artículo 176 de la Constitución Política, el cual dispone, en parte relevante:</p> <p><i>"(...) 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 y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes."</i></p> <p>Así, resulta claro que el tema de dicho proyecto se encuentra directamente relacionado con dos de los aspectos reservados por el Constituyente para ser materia de leyes estatutarias: a) por una parte, desarrolla el derecho fundamental de participación política de los ciudadanos colombianos que se encuentren en cualquiera de las tres categorías previstas por el artículo 176 Superior -grupos étnicos, minorías políticas y colombianos residentes en el exterior-; y b) por otra, crea una circunscripción electoral especial, esto es, una de las principales figuras con las que cuenta el sistema democrático para canalizar la participación ciudadana en el órgano legislativo y enriquecer su carácter representativo. Ya ha establecido esta Corporación que <i>"la creación de una circunscripción especial constituye un acto que afecta directamente los resultados de los procesos electorales, pues a través de ella se modifica - en mayor o menor medida - la forma en que surge la representación política. En efecto, los estudiosos del tema electoral afirman que el establecimiento de las circunscripciones electorales - su tamaño, su delimitación - es uno de los aspectos más importantes para la determinación del sistema electoral de un país"</i> (Sentencia C-484/96, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En consecuencia, era procedente dar aplicación al artículo 152, literales a) y d), de la Carta Política. Por lo mismo, debe la Corte verificar si, en este caso, se dió cumplimiento a los requisitos establecidos por los artículos 153 y 157 de la Constitución para la expedición de leyes estatutarias, a saber:</p> <p>a. Que el proyecto haya sido publicado oficialmente por el Congreso antes de seguir su curso en la Comisión respectiva.</p> <p>b. Que haya sido discutido y aprobado en primer y segundo debate en ambas</p>

Cámaras Legislativas, respetando los términos establecidos en la Constitución.

c. Que haya sido aprobado, en todos los debates, por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, dentro de una sola legislatura.

d. Que se haya surtido el control previo de constitucionalidad por la Corte Constitucional.

El cumplimiento de las anteriores condiciones se constatará a continuación.

Trámite del proyecto de ley ante el Congreso

a. El proyecto fue presentado por la senadora Piedad Córdoba en la Secretaría General del Senado el 21 de julio de 1.999, y se radicó con el número 025/99; en la misma fecha, el Presidente de dicha Corporación lo repartió a la Comisión Primera Constitucional. Se publicó en la Gaceta del Congreso No. 202, de julio 22 de 1.999, y el día 28 del mismo mes se designó como ponente para primer debate a la senadora Ingrid Betancourt, cuyo informe fue publicado en la Gaceta No. 277 de 1.999, de agosto 26 del mismo año.

b. De conformidad con la carta enviada el día 17 de diciembre por el Presidente del Senado al Presidente de la Cámara de Representantes, en la cual le remitía el proyecto (fl. 76), la Comisión Primera consideró y aprobó el proyecto los días 14, 16, 21 y 29 de septiembre, y 19 de octubre de 1.999, con el lleno de los requisitos constitucionales y legales, según consta en las actas Nos. 10, 12, 13, 16 y 21 de las mismas fechas, y en la certificación expedida el 18 de julio de 2000 por el Secretario de la Comisión. La Presidencia de la Comisión Primera designó a Ingrid Betancourt como ponente para segundo debate, y su informe se publicó en la Gaceta No. 536 del 10 de diciembre de 1.999.

c. El proyecto fue aprobado por la plenaria del Senado en sesión ordinaria del 16 de diciembre de 1.999, con un quórum deliberatorio de 95 senadores de 102, según consta en Acta No. 32, publicada en las Gacetas del Congreso No. 603 del 24 de diciembre de 1.999, y 566 del 21 de diciembre de 1.999.

d. El proyecto se radicó en la Cámara de Representantes con el número 217/99 el día 17 de diciembre del mismo año; se repartió a la Comisión Primera el 25 de enero de 2000, y fueron designados como ponentes los representantes Odín Horacio Sánchez y William Darío Sicachá el día 2 de mayo de 2000. La ponencia para primer debate, junto con el pliego de modificaciones, fue publicada en la Gaceta del Congreso No. 151 del 19 de mayo de 2.000.

e. El día 24 de mayo de 2000, el proyecto fue aprobado, junto con el pliego de modificaciones, por 24 representantes, que de conformidad con la constancia del Secretario General de la Comisión Primera del 18 de julio de 2000 (fl. 133), constituían la mayoría absoluta de tal corporación. Fueron designados ponentes para segundo debate los representantes Sicachá y Sánchez, y su informe se publicó en la Gaceta del Congreso No. 174, del 30 de mayo de 2.000.

f. El proyecto, junto con sus modificaciones, fue aprobado en segundo debate en la sesión plenaria de la Cámara de Representantes el día 15 de junio de 2.000 por unanimidad de los 138 asistentes, según consta en la certificación que en esa misma fecha expidió el Secretario General de la Cámara. El texto aprobado se publicó en la Gaceta No. 231 del 23 de junio de 2.000

g. De conformidad con el artículo 186 de la Ley 5 de 1.992, se designó una Comisión Conciliadora, que aprobó las modificaciones introducidas al proyecto

en al Cámara de Representantes.

h. En la plenaria del día 19 de junio, la Cámara de Representantes consideró y aprobó por unanimidad el informe de la Comisión Accidental de Mediación. Igual sucedió en la plenaria del Senado el día 20 de junio del mismo año (fl. 14).

i. El 21 de junio del mismo año, el proyecto fue remitido a la Corte Constitucional para su revisión.

Por lo anterior, considera la Corte que el proyecto llenó los requisitos constitucionales y legales señalados.

Obligatoriedad de la consulta previa a los grupos étnicos afectados.

Si bien el proyecto bajo revisión cumplió con los requisitos constitucionales para el trámite de las leyes estatutarias ante el Congreso, observa la Corte que, tal y como lo señalan los ciudadanos que intervinieron en este proceso en representación de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), se trata de una norma en la que se adoptan medidas susceptibles de afectar directamente a los grupos étnicos nacionales. Como se verá más adelante, el establecimiento de una circunscripción especial para garantizar la participación de los pueblos indígenas y las comunidades negras en la Cámara de Representantes, constituye una decisión legislativa de gran influjo sobre la vida de tales colectividades, ya que a través de dicha circunscripción podrán acceder, en condiciones más equitativas, a la instancia decisoria central del Estado colombiano.

Por lo anterior, es indispensable determinar si, en este caso, el Estado se encontraba en la obligación de consultar a tales comunidades respecto de la medida consagrada en el proyecto, antes de proceder a su adopción en el Congreso. Para ello, es pertinente hacer una breve referencia a las situaciones en las que se hace necesario realizar la consulta previa a los grupos étnicos.

De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habitan en sus territorios, *"mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"*. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades *"el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente"*.

De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: *"La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país"*. Es decir, el instrumento

otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual *"un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin"* (subraya fuera del texto).

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

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

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

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

El Legislador, por su parte, se ocupó del tema en el artículo 76 de la Ley 99 de 1.993, que reprodujo en lo esencial lo dispuesto en el párrafo del artículo 330 Superior, ampliando su alcance a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras:

"La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1.993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades" .

A su vez, la Ley 70 de 1.993 prevé la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la "unidad de gestión de proyectos" que tendrá que existir en los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58). Además, la mencionada ley establece, en su artículo 44, que *"como un mecanismo de protección de la identidad cultural, las comunidades negras participarán en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley"*.

Lo que resulta de especial importancia para el caso presente, es que ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia. Ante tal silencio normativo, se debe entender que, en este momento, el alcance que le han atribuido los órganos representativos del pueblo colombiano a la obligación que consta en el artículo 6 del Convenio 169 de la O.I.T., es el de consagrar la consulta previa como un procedimiento obligatorio en las específicas hipótesis arriba señaladas. En criterio de la Corte, ello no desconoce los límites de la discrecionalidad que este tratado otorga a sus Estados Partes, puesto que cada una de ellas pretende combinar la protección del territorio en que habitan estas etnias y la salvaguarda de su identidad particular, por una parte, con el fomento de su participación, por otra; lo cual, a todas luces, satisface el objetivo principal del Convenio referido. La ampliación de los supuestos en que dicho procedimiento es obligatorio, tendrá que ser objeto de una regulación legal futura.

En conclusión, no se puede afirmar que el proyecto de ley estatutaria bajo revisión deba surtir el trámite de la consulta previa a los grupos étnicos, puesto que no se puede catalogar bajo ninguna de las hipótesis indicadas arriba. Está por fuera de toda discusión que la realización de una consulta de esa índole sería conveniente y deseable, y que, en el evento de realizarse, contaría con un sólido respaldo en el ordenamiento superior. Sin embargo, mal haría la Corte en prescribir como obligatorio un determinado procedimiento, que no ha sido previsto ni por la Constitución, ni por la Ley, para el trámite de proyectos normativos ante el Congreso de la República, mucho más tratándose de una ley estatutaria, cuyos requerimientos procedimentales se encuentran taxativamente enumerados en los artículos

153 y 157 de la Carta. En otras palabras, escapa a la competencia de esta Corporación la creación de trámites que no contempla el ordenamiento positivo, especialmente en casos como el presente, en los que existen disposiciones internacionales que refuerzan la libre apreciación del Legislador en la materia (cf. art. 150-1, C.P.)

Por las anteriores razones, deberá rechazarse el cargo formulado por los representantes de la ONIC. Ello, sin embargo, no obsta para que, en un futuro, el Legislador se ocupe de regular la materia, con toda la amplitud que permite el Convenio 169 de la O.I.T. -para efectuar lo cual, de hecho, se le urge, dada la importancia del tema-; en consecuencia, deberá entenderse que lo dicho en este fallo sobre la obligatoriedad de la consulta previa en los casos de medidas distintas a las previstas por el parágrafo del artículo 330 Superior y por las disposiciones legales vigentes, sólo se debe aplicar *en ausencia de una regulación integral de la materia por parte del Congreso*.

Aspectos sustanciales

Para efectos de organización, procederá la Corte a estudiar el contenido del proyecto bajo examen, siguiendo el orden sucesivo de su articulado.

Generalidades: democracia participativa, pluralismo e igualdad material.

El primer artículo del proyecto es un desarrollo directo de lo dispuesto en el artículo 176 Superior, que otorgó al Legislador la potestad de establecer una circunscripción especial para garantizar la participación de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, en la Cámara de Representantes; en efecto, mientras que en el inciso primero se crea dicha circunscripción, en el inciso segundo se efectúa la distribución de las cinco curules que la habrán de conformar. Para la Corte resulta claro que la adopción de esta medida contribuirá, en forma definitiva, a la materialización de diversos valores y principios constitucionales, en especial a los de democracia participativa, pluralismo e igualdad, como se verá en seguida.

En primer lugar, es indiscutible que la participación es un elemento de importancia estructural para el ordenamiento constitucional colombiano; tanto así que, de conformidad con el Preámbulo y los artículos 1 y 2 de la Carta, es uno de los principios fundantes del Estado y, simultáneamente, uno de los fines esenciales hacia los cuales se debe orientar su actividad. Por ello, cualquier medida destinada a fortalecer la participación cuenta, de entrada, con un firme apoyo en la Constitución.

En los regímenes democráticos, definidos formalmente como aquellos en los cuales los destinatarios de las normas son los mismos que las producen (Sentencia C-145 de 1.994, M.P. Alejandro Martínez Caballero), uno de los momentos más sobresalientes es el de la conformación, a través de los mecanismos electorales, de las instituciones que habrán de canalizar la voluntad popular, particularmente el Congreso de la República. El proyecto bajo revisión se orienta hacia el fortalecimiento de esta modalidad de participación, ya que al crear la nueva circunscripción electoral, dota a determinados grupos sociales de una herramienta indispensable para adquirir vocería directa en la Cámara de Representantes y, a través de ella, ejercer efectivamente su derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado por el artículo 40 de la Carta en tanto manifestación activa de la calidad de ciudadano colombiano. Al hacerlo, confirma la íntima relación que existe entre la democracia participativa y el pluralismo, principio que se introduce, así, entre las reglas mismas del

juego político.

Ya ha dicho la Corte que *"el pluralismo establece las condiciones para que los contenidos axiológicos de la democracia constitucional tengan lugar y fundamento democrático. Dicho sintéticamente, la opción popular y libre por los mejores valores, está justificada formalmente por la posibilidad de escoger sin restricción otros valores, y materialmente por la realidad de una ética superior"* (sentencia C-089/94, ibídem). En la misma oportunidad, se señaló que la democratización del Estado y de la sociedad que prescribe la Constitución, se encuentra ligada a un esfuerzo progresivo de construcción histórica, durante el cual es indispensable que la esfera de lo público, y con ella el sistema político, estén abiertos al reconocimiento constante de nuevos actores sociales. En consecuencia, sólo puede hablarse de una verdadera democracia, representativa y participativa, allí donde la composición formal y material del sistema guarda una correspondencia adecuada con las diversas fuerzas que conforman la sociedad, y les permite, a todas ellas, participar en la adopción de las decisiones que les conciernan. Ello es especialmente importante en un Estado Social de Derecho, que se caracteriza por presuponer la existencia de una profunda interrelación entre los espacios, tradicionalmente separados, del "Estado" y la "Sociedad Civil", y que pretende superar la concepción tradicional de la democracia, vista simplemente como el gobierno formal de las mayorías, para acoplarse mejor a la realidad e incluir dentro del debate público, en tanto sujetos activos, a los distintos grupos sociales, minoritarios o en proceso de consolidación, fomentando así su participación en los procesos de toma de decisiones a todo nivel.

En otras palabras, la relación irrevocable que se establece entre el pluralismo y la participación en una democracia constitucional como la colombiana, trae como consecuencia inmediata la necesidad de que el sistema representativo refleje al máximo, en su conformación, las distintas alternativas políticas que plantea la sociedad; especialmente cuando el artículo 133 de la Carta dispone, expresamente, que *"los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común"*. Es esta representatividad social, sin duda, lo que legitima el quehacer de corporaciones de elección popular como el Congreso de la República, las cuales, por esa misma razón, deberán contar con la participación efectiva, tanto de los sectores tradicionalmente marginados de lo público, como de las formas minoritarias y diferentes de organización social -categorías frecuentemente superpuestas-

El proyecto que se revisa constituye un paso certero en dirección de tal objetivo. Por una parte, enriquece la composición de la Cámara de Representantes, dotando de vocería efectiva en tal Corporación a cuatro categorías sociales que tienen en común el hecho de ocupar una posición marginal frente a las instancias decisorias nacionales y que, en ese sentido, se pueden definir como verdaderas "minorías", desde el punto de vista político, étnico y social. Por otra, trasciende la noción clásica de la ciudadanía en tanto atributo formal de individuos abstractos, admitiendo que una parte esencial y constitutiva de la subjetividad humana está dada por la pertenencia a un grupo determinado, y que, en ciertos casos -como los de los pueblos indígenas y las comunidades negras-, dicha adscripción es de tal importancia para los individuos que la comparten, que constituye el marco referencial de su visión del mundo y de su identidad, por lo cual se trata de un hecho social digno de ser reconocido y protegido con medidas que, como ésta, vayan más

allá de la simple retórica.

Con ello se logrará un efecto doblemente benéfico. Primero, se contribuirá a consolidar al Congreso como un eje articulador de la diversidad material que caracteriza al pueblo colombiano. Segundo, se materializará una de las principales condiciones de posibilidad, no sólo de la participación efectiva de los grupos étnicos en el diseño de las políticas nacionales, sino de su existencia misma en tanto agrupaciones identitarias diferenciadas, puesto que es al Congreso a quien compete, en primera instancia, adoptar las decisiones tendientes a coordinar la interrelación armónica de las distintas culturas que conviven en el país -por ejemplo, a través de la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial-, y a tomar medidas que favorezcan a los grupos que, como éstos, han sido tradicionalmente marginados de los beneficios que conlleva la inserción activa en la vida nacional. Asimismo, en lo relativo a las minorías políticas, permitirá que éstas ingresen al foro democrático, enriqueciendo el debate legislativo como portavoces de intereses sociales legítimos; y en lo tocante a los colombianos residentes en el exterior, no sólo facilitará que se canalice la expresión de sus múltiples y diversas necesidades a través de un representante común a la Cámara, sino que fomentará su proceso organizativo, lo cual es especialmente importante en un momento histórico en el cual, por diversas causas convergentes, casi el diez por ciento de la población colombiana se encuentra en territorios foráneos .

Finalmente, debe resaltarse que el proyecto se encuentra a tono con el principio constitucional de igualdad. Es un hecho notorio el que, en el contexto social colombiano, las diferencias y desigualdades se intersectan y se superponen unas a otras, convirtiendo a ciertos grupos en sectores particularmente vulnerables. Es así como las diferencias derivadas de la identidad étnica, del origen "racial" o de la afiliación política, coinciden, por factores históricos, con desigualdades en el acceso a los recursos económicos y a la participación en el sector público, generando un círculo vicioso de causalidades recíprocas que actúa siempre en detrimento de la colectividad en cuestión. El caso de las comunidades indígenas y negras es, a este respecto, paradigmático: localizadas, como regla general, en la periferia geográfica y económica del país, sufren de elevados niveles de pobreza y marginación económica. Por lo mismo, se ubican de inmediato entre los grupos que por sus condiciones de indefensión merecen una protección especial por parte del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 Superior. En ese sentido, el proyecto bajo revisión es una medida válida de discriminación positiva, puesto que asigna a determinadas categorías sociales una situación formalmente más ventajosa que la de la generalidad de los colombianos -quienes no tienen una circunscripción especial a su favor-, como medio para contrarrestar las desigualdades materiales que les aquejan y lograr, así, una mayor posibilidad de que accedan a los beneficios que justamente les corresponden.

Visto, entonces, que la medida adoptada es, en lo esencial, un reflejo de la Constitución, se debe precisar que la creación de esta circunscripción especial no impide que los individuos que pertenecen a cualquiera de las cuatro categorías contempladas -grupos indígenas, comunidades negras, minorías políticas o colombianos residentes en el exterior- se presenten como candidatos a la Cámara de Representantes a través de la circunscripción territorial general que prevé el mismo artículo 176 Superior, ya que la elección entre una u otra circunscripción forma parte del núcleo esencial su derecho

fundamental a elegir y ser elegido para ejercer funciones públicas (art. 40-1, C.P.).

La distribución de las curules

El Constituyente fijó para la circunscripción especial en comento un límite máximo de cinco curules, dejando al Legislador en libertad de distribuirlas según su mejor criterio. Por ser cinco las curules a repartir, y cuatro los grupos beneficiarios, era inevitable que uno de ellos quedara con dos representantes, y los demás con uno; a la postre, fueron las comunidades negras las elegidas para ser titulares de una doble representación. Llama la atención de la Corte, en este sentido, el cargo formulado por la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, según el cual tal distribución es lesiva del artículo 13 de la Carta, *"ya que los pueblos indígenas de Colombia se encuentran ubicados en aproximadamente 27 Departamentos, y en la mayoría de los casos la presencia indígena en algunas regiones del país es mayoritaria frente a la población de otros grupos étnicos, lo cual significa que la representación de los pueblos indígenas en la composición de la Cámara de Representantes sería inequitativa."*

La pregunta que se plantea a esta Corporación es, entonces, si la elección del grupo favorecido fue respetuosa del principio constitucional de igualdad. Desde un punto de vista estrictamente geográfico o numérico, el argumento del interviniente no puede prosperar, ya que de la misma manera que los indígenas, las comunidades negras -así no se hayan constituido formalmente en tanto tales- se encuentran diseminadas a todo lo ancho del territorio colombiano, y en ciertos departamentos superan en número a los indígenas. Sin embargo, para responder adecuadamente el interrogante señalado, se debe hacer referencia al tema de los derechos de las comunidades negras en tanto grupos étnicos, ya que es en tal calidad que las contempla el proyecto bajo revisión, al hacerlas objeto del trato diferente cuya constitucionalidad se cuestiona.

Las comunidades negras como grupos étnicos.

Mas allá de lo que concierne a la circunscripción territorial general, las comunidades negras del país no cuentan con representación alguna en el Congreso, a pesar de ser un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1.993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1.995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como *"el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos."*

Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T., cuyo artículo 1 reza:

"1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio."

En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término "tribal" difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una "tribu". Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en "bandas", "tribus", "cacicazgos" y "Estados", dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término "tribal" en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos "*pueblos indígenas*", "*minorías étnicas indígenas*" y "*grupos tribales*" se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante.

Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento "objetivo", a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento "subjetivo", esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina "negro", a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la

esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los "palenques", pueblos de esclavos fugitivos o "cimarrones", y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto "grupo étnico", es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T.

Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su "raza", puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún "razas puras", lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quienes se deben considerar de "raza negra" y quienes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría "raza" ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos "raciales". Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su *status* en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.

Por último, es conveniente puntualizar que, para los efectos del proyecto bajo revisión, el término "comunidades negras", como lo indica el artículo 1 de la Ley 70 de 1.993 en consonancia con el artículo Transitorio 55 de la Constitución, se refiere tanto a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano, como a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con los dos elementos reseñados. Asimismo, a falta de una mención expresa, se deben entender incluídas dentro de las dichas "comunidades negras", para todo lo relacionado con la circunscripción especial que se estudia, a las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia, las cuales no sólo comparten con las primeras un origen histórico común en las raíces africanas que fueron transplantadas a América, sino que han sido reconocidas por esta corporación, en consonancia con el artículo 310 de la Carta, como un grupo étnico titular de derechos especiales (cfr. sentencias C-530/93, T-174/98 y C-1022/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero); por lo mismo, no pueden ser razonablemente excluidas de la participación en la Cámara de Representantes por esta circunscripción.

La condición de residencia en el país

El parágrafo del artículo primero del proyecto, dispone que quien resulte elegido como representante de los colombianos residentes en el exterior deberá residir en territorio nacional mientras ejerza su cargo de Representante. En criterio de la Corte, esta es una medida lógica y razonable,

puesto que si el elegido ha de cumplir a plenitud con las funciones propias de su cargo (art. 122, C.P.) y, entre ellas, con la obligación elemental de asistir a las sesiones legislativas, deberá, necesariamente, residir en el país. Por lo mismo, se declarará la exequibilidad de esta disposición, aclarando que el establecimiento de este requisito no se puede constituir en una desventaja para quienes resulten elegidos por ESA circunscripción especial, frente a los demás miembros de la Cámara de Representantes, en el sentido de impedir que los primeros sean reelegidos, si los resultados de su gestión así lo ameritan; es decir, se debe entender que este es un requisito cuyo cumplimiento debe ser previo a la primera vez que tales candidatos se postulen.

Requisitos que deben cumplir los candidatos que se postulen por esta circunscripción especial.

Es importante señalar que, de conformidad con el artículo primero del proyecto, esta es una circunscripción especial de alcance *nacional*. Ello implica que ha sido creada y organizada, no en función de un territorio determinado, sino de ciertos grupos sociales cuya participación se busca fomentar, y que se encuentran distribuidos por todo el país, o, como en el caso de los colombianos residentes en el exterior, por todo el globo. La cualificación de *nacional*, conlleva también que esta circunscripción se encuentra abierta a la participación de todo el electorado; es decir, que cualquier colombiano, pertenezca o no a alguno de los cuatro grupos que contempla la norma, puede votar por los candidatos que se postulen a través de ella, a diferencia de lo que ocurre en la circunscripción *territorial* ordinaria de la Cámara de Representantes, por la cual sólo podrán votar los habitantes del territorio correspondiente.

La posibilidad de que cualquier ciudadano participe, como elector, en esta circunscripción, encuentra sustento constitucional, en la medida en que, si bien se pretende dotar de representación a ciertos grupos específicos, para hacerlo es indispensable, por virtud del artículo 1 de la Carta, consultar el interés general, dentro del cual se entiende incluido el interés particular de tales colectividades; por ello, es necesario que sea la totalidad de los ciudadanos la que decida quienes habrán de ejercer este cargo. El reconocimiento de tal posibilidad constituye, además, una aplicación directa del principio hermenéutico de maximización de los derechos fundamentales, ya que mal haría la Corte en hacer extensiva a la circunscripción especial, una restricción del derecho a la participación que es propia de las circunscripciones territoriales y locales, y que sigue su lógica específica. No se puede olvidar que las normas que afectan derechos son de interpretación restrictiva, mientras que aquellas que los reconocen deben ser objeto de la interpretación más amplia posible; y no se puede excluir de ese principio hermenéutico al derecho fundamental de participación.

En consecuencia, si todo colombiano puede votar por los candidatos de los pueblos indígenas, las comunidades negras, las minorías políticas o los colombianos residentes en el exterior para la Cámara de Representantes, es indispensable que la ley establezca ciertos requisitos con los cuales deben cumplir dichos postulantes, para garantizar que representarán los intereses reales de los grupos en cuestión, y evitar así la desnaturalización de esta circunscripción especial.

Sobre el tema de las condiciones impuestas por la ley a quienes aspiren a participar como candidatos en las elecciones, el artículo 108 de la Constitución

dispone lo siguiente: a) por una parte, los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, podrán inscribir candidatos sin requisito adicional alguno; y b) en el caso de movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos que quieran postular aspirantes, *"la ley podrá establecer requisitos para garantizar la seriedad de las inscripciones de candidatos"*. Es decir que, en principio, el Legislador sólo puede señalar las condiciones que deben cumplir los candidatos que se presenten con el respaldo de movimientos sociales o grupos de ciudadanos, y no las que deben llenar quienes se postulen con el respaldo de un partido o movimiento político con personería jurídica, a quienes no se podrán imponer requisitos ulteriores.

Sin embargo, observa la Corte que, en lo atinente a la circunscripción especial que se revisa, esta regla se debe matizar, puesto que, como se dijo, la garantía de que quienes participen en las elecciones a través de ella van a representar adecuadamente los intereses de las minorías objeto del beneficio, está dada, esencialmente, por los requisitos que tales aspirantes deben llenar al momento de postularse. Y como nada obsta para que los miembros de estos grupos constituyan partidos o movimientos políticos, específicamente destinados a facilitar su participación en el Congreso a través de esta circunscripción, se debe admitir que la ley trace unos requisitos mínimos que habrán de llenar todos los aspirantes, bien sea que se postulen a título individual (respaldados por un número significativo de ciudadanos), como miembros de un partido o movimiento político, o apoyados por un movimiento social. Por lo mismo, habrá de aceptarse que, en este caso, el Legislador contaba con la facultad de trazar las condiciones necesarias para asegurar dicha representatividad.

De conformidad con lo dispuesto en la sentencia C-089/94, arriba citada, los requisitos impuestos por la ley a los candidatos deben caracterizarse por ser razonables, y por no obstaculizar de manera inconveniente el ejercicio de los derechos políticos; y esa razonabilidad, se debe evaluar de conformidad con los "mínimos históricamente sostenibles en un momento dado", es decir, con las circunstancias concretas que inciden sobre la participación real de los grupos representados en un punto determinado de la historia. En ese orden de ideas, procederá la Corte a estudiar la razonabilidad de los requisitos establecidos en el proyecto de ley bajo examen, para cada una de las categorías que son objeto de su regulación.

Candidatos de las comunidades indígenas

Dispone el artículo 2 del proyecto que *"los candidatos de las comunidades indígenas que aspiren a ser elegidos a la Cámara de Representantes por esta circunscripción deberán haber ejercido un cargo de autoridad tradicional o haber sido líder de una organización indígena, calidad que se acreditará mediante certificado de la respectiva organización refrendado por el Ministerio del Interior"*. En criterio de los ciudadanos que intervinieron en representación de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, estos requisitos no son adecuados, puesto que, en sus propios términos, *"se debe tener en cuenta prioritariamente la calidad de indígena, la de autoridad tradicional o hacer parte de un Cabildo y no el carácter de líder de una organización indígena, que su ejercicio esté solamente vinculado a su comunidad o pueblo a través de la figura del Cabildo y/o de reconocimiento de su comunidad a quien le corresponde acreditar dicha calidad, dado que de conformidad con el Decreto 2150 de 1.995 las organizaciones indígenas se registran ante las Cámaras de Comercio y la Dirección General de Asuntos*

Indígenas sólo lleva el registro de asociaciones y cabildos de que trata el Decreto 1088 de 1.993".

Sobre el particular, observa la Corte que el artículo en comento consagra requisitos idénticos a los que contempla el inciso quinto del artículo 171 de la Constitución, para quienes aspiren a ser elegidos senadores por la circunscripción especial indígena que allí se consagra. Estos requisitos, además de ser razonables -por estar orientados hacia la selección de quien mejor conozca los intereses y problemas de las comunidades indígenas colombianas-, son los que más concuerdan con el principio de igualdad, puesto que no sería justificable la imposición de condiciones diferentes para los senadores y los representantes indígenas, siendo que ambos actúan en pro de las comunidades aborígenes del país y, para esos efectos, no existe una diferencia significativa entre las dos cámaras legislativas. No son de recibo, entonces, los argumentos del interviniente, mucho menos cuando pretende controvertir una función que fue asignada directamente por la Carta al Ministerio del Interior (la de refrendar los certificados expedidos por las organizaciones indígenas sobre la calidad de líder de quien se postule como candidato a elecciones), con base en argumentos que se derivan de lo dispuesto en actos administrativos como los decretos que se citan. Por lo mismo, se desechará el cargo, y el artículo revisado será declarado exequible.

Candidatos de las comunidades negras.

De conformidad con el artículo 3 del proyecto estudiado, quienes aspiren a ser candidatos por las comunidades negras, deben cumplir con dos requisitos: a) ser miembros de la respectiva comunidad, y b) haber sido avalados previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Se observa, de entrada, que estos requisitos son mucho menos exigentes que los que se establecen para los candidatos de las comunidades indígenas, puesto que mientras éstos requieren haber ocupado un cargo de autoridad tradicional o haber sido líderes de una organización, los candidatos por las comunidades negras sólo deberán acreditar su calidad de miembros del grupo, y contar con el aval de una organización. Se pregunta la Corte, entonces, si ello resulta lesivo de la igualdad; interrogante cuya respuesta debe ser negativa, puesto que, si se hace uso de los criterios de razonabilidad histórica arriba citados, se observará que el proceso organizativo de las comunidades negras, más allá del ámbito local o regional, se halla apenas en sus primeras fases, contrario a lo que ocurre con los indígenas, que ya cuentan con una sólida organización a nivel nacional y departamental. Es decir, la consagración de estos requisitos, más flexibles, constituye un reconocimiento de la realidad específica de los grupos negros, y por lo mismo, resulta acorde con la Carta.

En cuanto a la condición de haber sido avalados por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior, considera la Corte que éste es un requisito necesario para contar con la plena certeza de que los candidatos efectivamente se hallan vinculados a una tal agrupación. La Dirección en comento, de conformidad con el decreto 2248 de 1.995 (art. 15), es la encargada de llevar el registro único nacional de las organizaciones de base de las comunidades negras (esto es, de aquellas organizaciones que, según el artículo 20-1 del decreto citado, "*actúan a nivel local, reivindicando y promoviendo los derechos territoriales, culturales, económicos, políticos, sociales, ambientales y la participación y toma de*

decisiones autónomas de este grupo étnico".) Por lo mismo, se trata de una condición razonable, que pretende dotar de un mínimo de seriedad y veracidad a la inscripción de estos candidatos, mucho más en un momento histórico en el cual la organización de las comunidades negras apenas se ha empezado a consolidar, y son escasas las instancias que, como la dependencia citada, cuentan con información centralizada y confiable sobre la materia.

Candidatos de las minorías políticas

Dada la definición particular que de estas minorías adopta el proyecto bajo revisión, no se puede afirmar que existan requisitos específicos con los que deban cumplir quienes aspiren a ser sus representantes, por la sencilla razón de que la calidad de minoría política se definirá *a posteriori*, con base en los resultados de las elecciones a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial general. En efecto, el artículo 4 del proyecto dispone que *"podrán acceder a una curul"* por esta circunscripción, los movimientos o partidos políticos que cumplan con los siguientes requisitos: a) Haber presentado candidatos a la Cámara de Representantes, como mínimo en un 30% de las circunscripciones territoriales; b) No haber obtenido representantes a la Cámara en dicha votación; y c) Que la votación mayoritaria que hayan obtenido en un mismo departamento o circunscripción territorial, sea menos que el 70% de la sumatoria de su votación en todo el país. Si existe más de un grupo que cumpla con estas condiciones, se asignará la curul a aquel que haya obtenido la mayor votación agregada, y la lista correspondiente, será la conformada por las cabezas de lista que hayan obtenido la mayor votación entre las inscritas por el respectivo partido o movimiento en todo el país. En consecuencia, las condiciones que deberán llenar estos candidatos son, en principio, las mismas que se aplican a la generalidad de los aspirantes por circunscripción territorial.

El artículo 176 Superior no adoptó una definición de lo que se debe considerar como una "minoría política"; es decir, dejó al legislador en libertad de determinar quiénes habrán de ser los beneficiarios de esta curul. Sobre esa base, observa la Corte que el Congreso obró dentro de los límites de su discrecionalidad al considerar como "minorías políticas" a aquellos partidos o movimientos que, habiendo participado en las elecciones, no hayan alcanzado los votos necesarios para contar con un Representante. Esta definición halla un fundamento en la Carta, en la medida en que permite que la determinación de quiénes son mayorías y quiénes son minorías dependerá, no de una disposición jurídica, sino de la voluntad soberana del pueblo, expresada directamente por medio de los mecanismos electorales; es decir, será la ciudadanía, a través de las votaciones, la que sentará las bases para clasificar a una determinada corriente política como minoritaria. En la sentencia C-145/94 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), se afirmó que *"sólo hay verdadera democracia allí donde las minorías y la oposición se encuentran protegidas a fin de que puedan eventualmente llegar a constituirse en un futuro en opciones mayoritarias, si llegan a ganar el respaldo ciudadano necesario"*. Pues bien, el proyecto bajo revisión establece este respaldo ciudadano como el criterio definitivo para definir quiénes serán los sujetos de dicha protección, que en este caso se concreta en medidas como la adjudicación de un asiento en la Cámara de Representantes, lo cual es a todas luces compatible con el precepto constitucional de soberanía popular (art. 3, C.P.). Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que a través de

futuras medidas, legislativas o administrativas, se establezcan otros mecanismos diferentes para proteger a las minorías políticas.

Los requisitos específicos que impone el artículo 4 son, a juicio de la Corte, razonables y consecuentes con esta aproximación, ya que con ellos se pretende evitar que se confunda a estas minorías, de alcance *nacional*, con otros movimientos de alcance netamente regional o departamental. En ese orden de ideas, tiene sentido el exigir que el movimiento o partido respectivo haya inscrito candidatos por lo menos en el 30% de las circunscripciones territoriales, y que su votación mayoritaria en un departamento no sea más que el 70% de su votación en todo el país.

El único reparo de constitucionalidad que la Corte encuentra en esta disposición, estriba en que, por su redacción, parecería limitar únicamente a los partidos y movimientos políticos la posibilidad de ser considerados como una minoría política y acceder, así, a la curul que se otorga. Para esta Corporación es claro que los partidos no ostentan el monopolio de lo político, arena que está abierta a la participación de otro tipo de agrupaciones sociales, como las contempladas en el artículo 108 de la Carta, según el cual pueden inscribir candidatos para las elecciones: a) los partidos y los movimientos políticos con personería jurídica reconocida, b) los movimientos sociales, y c) los grupos significativos de ciudadanos. Nada se opone a que los sujetos contemplados en los literales b) y c) cumplan plenamente con los requisitos trazados por la norma, por lo cual no pueden ser válidamente excluidos de la posible categorización como minorías políticas, so riesgo de vulnerar los artículos 13, 40 y 108 de la Constitución. En consecuencia, se habrá de declarar la constitucionalidad del artículo 4 del proyecto de ley bajo examen, condicionándola a que se entienda que, junto con los partidos y movimientos políticos que allí se contemplan expresamente, también pueden aspirar a ocupar la curul en cuestión los representantes de los movimientos sociales y de los grupos significativos de ciudadanos, siempre y cuando cumplan con los requisitos que el mismo artículo consagra.

Candidatos de los colombianos residentes en el exterior

La adjudicación de esta curul es una consecuencia directa de la relación inescindible que existe entre la calidad de ciudadano colombiano y el ejercicio de los derechos políticos, por cuanto presupone que, a pesar de encontrarse por fuera del territorio nacional, los colombianos residentes en el exterior están unidos al país por un vínculo esencial, derivado de su nacionalidad, que justifica el que tengan un representante en el cuerpo legislativo, encargado de promover sus intereses. La Carta Política es explícita al afirmar que, como regla general, los derechos políticos se reservan a los ciudadanos colombianos (arts. 99 y 100, C.P.); pues bien, el proyecto bajo revisión posibilita el ejercicio efectivo de esos derechos a quienes por diversas causas tengan su residencia en el exterior.

Como consecuencia, resulta lógico que quien vaya a ejercer la representación de este grupo tenga un conocimiento de causa lo suficientemente sólido, como para conocer cuál es la problemática que sus integrantes deben afrontar. Por lo mismo, lo dispuesto en el primer inciso del artículo 5 del proyecto revisado, sobre la necesidad de que el candidato de los residentes en el exterior demuestre ante las autoridades una residencia mínima en el extranjero de cinco años continuos, se ajusta a los parámetros constitucionales.

No sucede lo mismo con el requerimiento de estar avalados por un partido o

movimiento político reconocido por el Consejo Nacional Electoral. Para la Corte, esta disposición se debe interpretar de tal manera que: a) No se excluya la posibilidad de que los colombianos residentes en el exterior constituyan, ellos mismos, un movimiento que sea el encargado de otorgar dicho aval, en virtud de lo dispuesto por el artículo 40-3 Superior; y b) No impida que, por las mismas razones expuestas arriba para el caso de las minorías políticas, dichos candidatos puedan también ser respaldados por movimientos sociales o por grupos significativos de ciudadanos. En ese sentido, se habrá de condicionar la constitucionalidad de este primer inciso.

El segundo inciso del artículo 5, que dispone que estos candidatos sólo podrán ser elegidos con los votos de los colombianos residentes en el exterior, es abiertamente inconstitucional, por tres razones. En primer lugar, porque como ya se explicó, esta es una circunscripción especial de alcance *nacional*, por lo cual la votación por los candidatos que a través de ella se postulan, debe estar abierta a la participación de todos los ciudadanos. En segundo lugar, porque bien puede darse la circunstancia de que los colombianos que residen en territorio nacional decidan, libremente, que el candidato de los residentes en el extranjero es quien mejor representa sus propios intereses; impedir a quienes se encuentren en esa situación que voten, en consecuencia, por ese candidato, sería una restricción desproporcionada de su derecho fundamental a la participación política, cuyo núcleo esencial se vería claramente vulnerado. Finalmente, porque admitir una tal restricción sería violatorio del principio de igualdad, ya que ésta no está prevista para ninguno de los demás grupos que contempla el proyecto de ley bajo revisión, y no existe, a juicio de la Corte, ningún criterio razonable que permita justificar la diferenciación mencionada. Como consecuencia, se declarará la inexecutable del inciso en cuestión, así como la del párrafo del mismo artículo 5, que traza ciertos requisitos de índole probatoria, orientados a demostrar la residencia en el exterior de quienes respalden a un candidato; ello, porque se trata de disposiciones que sustentan una norma que la Corte considera inconstitucional, y que pierden su razón de ser con la declaratoria de inexecutable de ésta, por lo cual se deben excluir del ordenamiento.

Disposiciones comunes

Régimen similar al de los demás Representantes.

Más allá del hecho de tratarse de una circunscripción especial que, por estar destinada a fortalecer la participación de ciertos grupos, justifica la exigencia de requisitos especiales para los Representantes que por ella se postulan, no existen diferencias significativas entre quienes accedan a las cinco curules que ella otorga y los demás integrantes de la Cámara. Por ello, se ajustan a la Constitución las disposiciones finales del proyecto, en las que se somete a los candidatos por circunscripción especial, y a los Representantes que de allí salgan elegidos, al régimen general de los demás miembros de dicha corporación.

Es así como se ajustan a la carta los artículos 6, 7 y 8 del proyecto. El primero, porque dispone que los candidatos por circunscripción especial se deberán inscribir ante el Registrador Nacional o su delegado, con la excepción de quienes se postulen por los colombianos residentes en el exterior, que deberán inscribirse ante el consulado o embajada colombiana del país donde acrediten su residencia. Esta excepción está en consonancia con el artículo 5 del proyecto, que exige para estos candidatos una residencia mínima de cinco años continuos en el extranjero. El segundo, porque somete a quienes

resulten elegidos por esta circunscripción al mismo régimen general de incompatibilidades e inhabilidades que la Constitución prescribe, sin distinciones, para los congresistas. El tercero, porque establece los mismos requisitos *generales* que la Constitución, en su artículo 177, impone a los Representantes en general.

Por el mismo motivo, resultan compatibles con la Carta las disposiciones de los artículos 10 al 13 del proyecto. El décimo dispone que los candidatos de esta circunscripción serán elegidos mediante el sistema que en el momento de realizarse las elecciones sirva para escoger a los congresistas en general; de acuerdo con el artículo 263 Superior, éste es el sistema del cuociente electoral. El undécimo, reitera el principio general de "una persona, un voto"; el duodécimo, establece que las primeras elecciones por la dicha circunscripción especial se efectuarán al mismo tiempo que la próxima elección general de congresistas; y el décimotercero, efectúa una remisión normativa general al régimen de los representantes en todo lo no previsto por el proyecto. Todo lo cual, resulta plenamente compatible con el principio de igualdad y por lo mismo se declarará exequible.

Tarjetas electorales especiales

No sucede lo mismo con lo dispuesto en el artículo noveno del proyecto, que adopta dos disposiciones: la primera, que los candidatos por las comunidades indígenas y negras aparecerán en una tarjeta electoral de circulación nacional, claramente diferenciados los unos de los otros; y la segunda, que los candidatos de los colombianos residentes en el exterior, aparecerán en una tarjeta especial de circulación exclusiva en los consulados y embajadas colombianos en el resto del mundo.

El artículo 258 de la Carta dispone que las tarjetas electorales suministradas a los votantes deben contar con dos requisitos en cuanto a la identificación de los candidatos que allí aparecen: debe ser clara, y debe efectuarse en igualdad de condiciones. Ya ha dicho la Corte, en la sentencia T-040/98 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), que *"al proceso electoral interesa fundamentalmente establecer claramente y sin lugar a equívocos la identificación de los candidatos, con miras a asegurar que los electores al ejercer su derecho al sufragio voten por las personas de sus preferencias"*. El inciso primero de la norma reproduce la exigencia constitucional, al prescribir una clara diferenciación entre los candidatos de las comunidades indígenas y los de las comunidades negras; pero en opinión de la Corte, ello no se puede interpretar de tal forma que dichos candidatos deban aparecer en una tarjeta electoral especial, distinta de la general que se habrá de entregar a los votantes de cada circunscripción territorial; ello constituiría una diferencia de trato difícilmente justificable en términos constitucionales respecto de los demás candidatos. Por lo mismo, se condicionará la exequibilidad de tal inciso en el sentido de que la tarjeta electoral a la que hace referencia, será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella, deberán aparecer claramente identificados como candidatos por las respectivas circunscripciones.

El inciso segundo, por su parte, es abiertamente inconstitucional, ya que es una consecuencia directa de la disposición según la cual la posibilidad de votar por los candidatos de los colombianos residentes en el exterior, sólo está abierta a quienes se encuentren por fuera del territorio nacional, limitación que, como ya se vió, es inaceptable. Por lo mismo, habrá de declararse inexecutable, y se complementará el condicionamiento a la constitucionalidad

	<p>del primer inciso, de tal forma que se entienda que los candidatos de los colombianos residentes en el exterior que participen por esta circunscripción, también deberán ser incluidos, debidamente identificados, en la tarjeta electoral general que reciba la ciudadanía en las votaciones para la Cámara de Representantes.</p> <p>Resuelve:</p> <p>Primero. Declarar EXEQUIBLES:</p> <p>a. El artículo 1, bajo el entendido de que las comunidades raizales del archipiélago de San Andrés y Providencia se entenderán incluidas, para todos los efectos de la presente ley, dentro de las comunidades negras.</p> <p>b. Los artículos 2 y 3.</p> <p>c. El artículo 4, condicionado a que se entienda que también pueden acceder a la curul para las minorías políticas los candidatos que, llenando los requisitos allí establecidos, se hayan presentado con el respaldo de movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos, y no sólo los de movimientos o partidos políticos.</p> <p>d. El primer inciso del artículo 5, condicionado a que se entienda que lo allí dispuesto no excluye: a) la conformación de partidos o movimientos políticos propios por parte de los ciudadanos colombianos residentes en el exterior, que puedan otorgar el aval correspondiente; b) la posibilidad de que se presenten a las elecciones respaldados por movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos.</p> <p>e. Los artículos 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13 y 14.</p> <p>f. El primer inciso del artículo 9, siempre y cuando se entienda que la tarjeta electoral a la que hace referencia, será la misma tarjeta en la que aparezcan los demás candidatos a la Cámara en cada una de las circunscripciones territoriales, y que en ella, deberán aparecer claramente identificados como candidatos por circunscripción especial, los aspirantes de las comunidades indígenas, las comunidades negras, y los colombianos residentes en el exterior.</p> <p>Segundo.- Declarar INEXEQUIBLES:</p> <p>a. El segundo inciso y el parágrafo del artículo 5.</p> <p>b. El segundo inciso del artículo 9. (Documento 20)</p>
<p>Sentencia T -606 del 7 de junio de 2001</p>	<p>Demandante: Gobernador del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomapieta</p> <p>Magistrado ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra</p> <p>Problema Jurídico: Dentro del proceso de revisión de la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 23 de octubre de 2000, por medio de la cual se confirmó la decisión proferida en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, dentro de la acción de tutela instaurada por Arney Antonio Tapasco, Gobernador del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomapieta contra decisión judicial del Juzgado 1º. Civil Promiscuo de Supia.</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional</p> <p>La corte aborda dos temas importantes en esta sentencia en primer lugar hace un análisis de la jurisprudencia constitucional respecto a la protección de los</p>

derechos de los indígenas y en segundo lugar la corte se pronunció con respecto a las vías de hecho en providencias judiciales.

En el primera parte de la sentencia expuso:

1. Respeto a la autonomía indígena: Ha caracterizado la Corte a las comunidades indígenas como conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, artículo 2º). El status de dichas comunidades, en el texto constitucional, se expresa en cosas concretas:

- a. Forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP artículos 171 y 176);
 - b. Ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP artículo 246);
 - c. Se gobiernan por Consejos Indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP artículo 330);
 - d. Sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza no enajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP artículos 63 y 329);
 - e. Son merecedoras a una mayor protección (artículo 13, inciso 2º C.P.).
- La protección constitucional a la autonomía ha sido reconocida por esta Corte.

En la Sentencia SU- 039 de 1997 se afirmó:

"Para la Corte los indígenas han dejado de ser una realidad fáctica pasando a ser sujetos de derechos fundamentales. La Constitución reconoce que hay formas de vida social diferentes y debe otorgarse a estas comunidades personería sustantiva pues eso es lo que confiere status para gozar de los derechos fundamentales y exigir protección."

2. Entidades territoriales indígenas.

Aunque no se ha expedido la ley de ordenamiento territorial, la jurisprudencia ha considerado que eso no constituye obstáculo para la aceptación y desarrollo

de la identidad y autonomía indígena.

"Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada

a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP art. 7)".2.

3. Los resguardos tienen ámbito territorial.

El precitado decreto creó dos tipos de procedimientos para la constitución de resguardos indígenas, uno en terrenos baldíos y otro sobre predios y mejoras

del Fondo Nacional Agrario. El trámite de constitución de resguardos se surte a través de varias etapas entre las que se cuentan la iniciación oficiosa o a solicitud de parte, la radicación de la solicitud, la visita a la comunidad interesada, la realización de estudios socio-económicos y jurídicos para determinar la viabilidad de la constitución del resguardo, el concepto del Ministerio de Gobierno, la resolución constitutiva y la publicación y registro respectivos. En cuanto a los estudios socio-económicos y jurídicos, el artículo 6º del decreto fija un término de treinta (30) días para su realización, y precisa que ellos deberán versar principalmente sobre los siguientes puntos: descripción física de la zona; antecedentes etnohistóricos; descripción demográfica; descripción sociocultural; aspectos socioeconómicos; tenencia de la tierra; delimitación del área a constituir como resguardo; estudio de la situación jurídica de propiedad de los terrenos que conforman el resguardo, así como de los documentos que indígenas o terceros ajenos a la comunidad tengan y que les confieran algún derecho sobre el globo del terreno; conclusiones y recomendaciones; y alternativas a la resolución de problemas de tenencia de tierras.

El desarrollo legislativo de la protección a la propiedad colectiva mediante la constitución de resguardos confiere precisas facultades al INCORA, entidad oficial que está obligada a colaborar efectivamente para la realización de los fines del Estado, en especial asegurando la convivencia pacífica (CP art. 2) y adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (CP art. 13)."

Los resguardos permiten la calificación de "ámbito territorial". Este "ámbito territorial" tiene un efecto inmediato: limitar, por mandato constitucional, algunas competencias propias dentro del territorio del país donde se halla el "ámbito territorial".

En este contexto tiene sentido y aplicación el artículo 246 de la C.P:

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

4. La jurisdicción indígena:

En la jurisdicción especial indígena se reconoce a las autoridades indígenas la facultad de administrar justicia según las normas consuetudinarias de competencia y las especiales que regulen la vida y actividad de los indígenas. Es entendido que estas normas que rigen a los indígenas deben respetar la Constitución Política de Colombia.

Según la jurisprudencia, la jurisdicción indígena no está supeditada a la expedición de la ley previa, pues la Constitución tiene efectos normativos directos. Dice la sentencia T-254/94 que "El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista". Por tanto, la ley anterior o posterior a la Constitución de 1991, no puede afectar la vigencia de ésta.

En virtud del bloque de constitucionalidad, las citadas normas de los Convenios, y particularmente para el presente caso el artículo 17 del Convenio 169 de la OIT, se integran con la Carta Fundamental en cuanto dicho Convenio

contempla temas de derechos humanos, cuya limitación se encuentra prohibida aún durante los estados de excepción. Por consiguiente, la violación

a las normas del Convenio 169 de la OIT puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales.

Vías de hecho en providencias judiciales:

Por sentencia C-543/1992, se declararon inexecutable los artículos 11, 12 y 40 del Decreto 2591 de 1991, que permitían presentar tutela contra providencias judiciales. Sin embargo, la misma sentencia admitió que excepcionalmente se pudiera instaurar la acción de tutela. Expresamente se dijo: "... Así, por ejemplo, nada obsta para que por la vía de la tutela se ordene al juez que ha incurrido en dilación injustificada en la adopción de decisiones a su cargo que proceda a resolver o que observe con diligencia los términos judiciales, ni riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando

la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como estas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad

jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia".

En la T-424/93, la Corte Constitucional entendió por vía de hecho, aquella actuación arbitraria que el funcionario judicial desarrolla dentro de la dirección y sustanciación de un proceso. En palabras de la Corporación, "Las vías de hecho son aquellas "actuaciones de hecho, caracterizadas por el capricho del funcionario judicial, por su falta de fundamento objetivo y por vulnerar los derechos fundamentales."

7. Violación del debido proceso:

El debido proceso no es solamente el cumplimiento de reglas procesales, sino un

proceso justo adelantado por el juez natural, por eso el artículo 29 de la Constitución habla de tribunal o juez competente, y la competencia para poder existir necesita de la jurisdicción. Quiere decir lo anterior que si lo que se le debe a una persona es el proceso legal, dentro de este calificativo la premisa fundamental es la jurisdicción. Si un funcionario actúa sin jurisdicción se afecta el debido proceso y se incurre en una vía de hecho respecto de los actos procesales realizados sin jurisdicción. Si no se respeta la jurisdicción, se coloca en SITUACION DE INDEFENSION a la

persona. Esta indefensión es mayor tratándose de grupos minoritarios a quienes se les niega la jurisdicción especial, porque no solo se trata de afectación individual sino también de afectación al ámbito territorial, propio de su derecho autonómico.

Si la Corte Constitucional ha considerado que se viola el debido proceso, inclusive dentro del procedimiento especial indígena, con mayor razón se va a violar por los jueces de la República que deben obedecer al principio de legalidad.

En la T-523/97 se indicó:

"Como ya lo señaló la Corte, el derecho al debido proceso constituye un límite

a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social."

Competencia de la comunidad indígena:

Al funcionar paralelamente dos sistemas de justicia, el sistema nacional y las jurisdicciones especiales, es posible que se presenten conflictos de competencias. Como aún el legislador no ha establecido las formas de coordinación entre ellas, es preciso que el intérprete en su solución se atenga a las circunstancias particulares del caso concreto. En especial, dos elementos

son relevantes para determinar la competencia: las características del sujeto y el lugar donde ocurrieron los hechos. Esta distinción es importante porque, como lo señaló esta Corporación en una decisión reciente "la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro

de su territorio, o si un indígena de manera individual incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico

del resguardo. En el primer caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad."

Bajo ningún aspecto puede un Juez impedir que se tramite un proceso por la jurisdicción correspondiente. Si lo impide, está violando derechos fundamentales al acceso a la justicia y al debido proceso, susceptibles de amparo mediante tutela. Además, constituye violación afectar la autonomía de la etnia, dejar de lado el concepto de propiedad que se tiene sobre los resguardos, aplicar un trámite diferente al del derecho consuetudinario tratándose de sucesión de indígena, y como si fuera poco, tramitar medidas cautelares en resguardos indígenas, en contra de la disposición constitucional que los caracteriza como inalienables, imprescriptibles e inembargables

Resuelve:

Primero. Revocar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, el 23 de octubre de 2000, decisión que confirmó la de primera instancia dictada por el Juzgado Penal del Circuito de Riosucio, dentro de la acción de tutela de la referencia. En consecuencia, CONCEDER la tutela, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

Segundo. Declarar la nulidad de todo lo actuado por el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Supía, dentro del juicio de sucesión de César Augusto Ruiz

	<p>Rotavista, a partir del día 27 de enero de 2000, inclusive, y por tanto ordenar que se envíe el mencionado expediente que contiene el sucesorio de César Augusto Ruiz a la jurisdicción indígena representada en el Cabildo del Resguardo indígena de Cañamomo y Iomapieta (Documento 21)</p>
<p>Sentencia C- 370 del 14 de mayo de 2002</p>	<p>Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett Problema Jurídico: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 33 (parcial), 69 (parcial) y 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal</p> <p>Consideraciones de la Corte Constitucional</p> <p>Las normas demandadas señalan que la diversidad sociocultural puede constituir un factor de inimputabilidad, y por ello establecen que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud debido a ciertos factores culturales, entonces debe imponérsele una medida de seguridad consistente en el reintegro a su medio sociocultural. La actora considera que esa regulación se aplica esencialmente a los indígenas y vulnera las atribuciones de la jurisdicción indígena, pues es a ella, y no a la justicia estatal, a quien corresponde investigar los hechos punibles cometidos por los indígenas. Además, según su parecer, esas disposiciones son discriminatorias y desconocen el pluralismo, en la medida en que consideran inimputables a quienes, como los indígenas, no comparten integralmente los valores de la cultura mayoritaria.</p> <p>Algunos intervinientes comparten la tesis de la actora, al considerar que la calificación de los indígenas como inimputables vulnera el pluralismo, pues no sólo implica un juicio de disvalor en contra de la cultura indígena, ya que prácticamente sus miembros son calificados de inmaduros psicológicos, sino que además posibilita la realización de un proceso penal y la imposición de una medida de seguridad en contra de aquellos individuos que no comparten los valores culturales dominantes. Es pues una forma de criminalización de la diversidad cultural. Por ello concluyen que las normas acusadas deben ser declaradas inexequibles, y que si una persona comete un hecho punible, pero no logra comprender su ilicitud, por tener otros referentes culturales, entonces la solución consiste en reconocer que ese individuo debe ser absuelto, pues ha incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado, que excluye la punibilidad.</p> <p>Por su parte, otros intervinientes consideran que las disposiciones acusadas deben ser declaradas exequibles, pues protegen adecuadamente la diversidad cultural. Es más, según su parecer, si la Corte acoge las pretensiones de la demandante y retira del ordenamiento esas normas, la situación de los indígenas y de otras minorías culturales se vería desmejorada, ya que se verían sujetos a penas por delitos cuya ilicitud no comprenden.</p> <p>Finalmente, otros intervinientes y el Ministerio Público asumen una posición intermedia. Así, estas interpretaciones comparten la argumentación de la demanda, según la cual una Constitución pluralista no admite que los indígenas sean tratados como inmaduros psicológicos o como enfermos mentales. Sin embargo consideran que la solución no es declarar la inexequibilidad de la inimputabilidad por diversidad sociocultural sino condicionar su alcance, a fin de que la figura pierda sus connotaciones peyorativas y sancionatorias. Por ejemplo, el Procurador propone que los</p>

jueces deben limitarse a comprobar si la particular cosmovisión del indígena le impidió comprender la ilicitud de su comportamiento. Si tal es el caso, las autoridades deberán retornar a la persona a su comunidad, pero no como una sanción sino para proteger a la comunidad en general y al propio indígena, para que sean las autoridades indígenas quienes lo juzguen, y también para que esas autoridades comprendan que el comportamiento desarrollado por el indígena es reprochable y no permitido en la cultura mayoritaria, para que de esa manera, fuera de su territorio, no lo desplieguen.

Fuera de lo anterior, varios intervinientes tienen posiciones encontradas sobre el alcance mismo de las disposiciones acusadas. Según algunos, éstas pueden aplicarse a cualquier persona y a cualquier minoría cultural, puesto que los artículos impugnados no se refieren específicamente a los indígenas. Por el contrario, otros intervinientes argumentan que dichas normas sólo se aplican a los indígenas, pues sólo esas comunidades tienen autoridades propias, y la regulación acusada establece como medida de seguridad la reintegración del inimputable a su medio cultural, *“previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca”*.

3- Conforme a lo anterior, el problema constitucional que plantea el presente caso es si desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena que las normas acusadas hayan previsto la diversidad sociocultural como un factor de inimputabilidad y consagrado la reintegración al medio cultural como la medida de seguridad apropiada para esos eventos. En caso de que la respuesta a la anterior pregunta sea afirmativa, una segunda cuestión surge, y es la siguiente: ¿debe entonces la Corte declarar la inexecutable de esas disposiciones, como lo solicitan la actora y otros intervinientes? O, ¿la solución consiste en recurrir a una sentencia condicionada, que prive a la inimputabilidad por diversidad sociocultural de toda connotación peyorativa y punitiva, como lo sugieren el Procurador y otros participantes en este debate constitucional?

Ahora bien, antes de afrontar ese debate constitucional, la Corte constata que existe también una disparidad de criterios sobre el alcance de las disposiciones acusadas, puesto que algunos sostienen que éstas sólo son aplicables a los indígenas, mientras que otros consideran que esas normas cubren a todas las personas y grupos que sean culturalmente diversos. Por tal motivo, esta Corporación comenzará por abordar ese debate hermenéutico legal, antes de emprender el examen constitucional. Así, es cierto que la Constitución establece no sólo que existe una separación entre la jurisdicción constitucional y las otras jurisdicciones (CP arts 234, 236 y 241) sino que, además, los jueces gozan de autonomía funcional interna y externa en el desarrollo de sus funciones, pues sólo están sometidos al imperio de la ley (CP art 230). Estos principios implican que, por regla general, no corresponde a la Corte Constitucional fijar el sentido autorizado de las disposiciones legales, pues tal función es propia de los jueces ordinarios. Sin embargo, el control constitucional es un juicio relacional, pues implica confrontar un texto legal con la Constitución, por lo cual es inevitable que el juez constitucional deba comprender y analizar el contenido y alcance de la disposición legal sometida a control. Entra pues la Corte a analizar cuál es el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas.

Ámbito personal de aplicación de la inimputabilidad por diversidad sociocultural

4- Una primera lectura de las disposiciones acusadas sugiere que tienen

razón aquellos intervinientes que sostienen que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no es exclusiva de las poblaciones indígenas. Dos elementos contribuyen a esa idea: de un lado, esas normas se limitan a regular una inimputabilidad por diversidad sociocultural, y en ningún momento mencionan a los indígenas, o restringen la aplicación de esa figura a esas poblaciones. De otro lado, la diversidad sociocultural no es exclusiva de los pueblos indígenas, pues existen en Colombia otras comunidades y grupos sociales que poseen una cultura propia, y sus miembros podrían entonces, por esa diversidad cultural, no tener la capacidad de comprender la ilicitud de ciertos hechos punibles. Además, expresamente la Carta busca proteger la identidad y diversidad de todos los grupos culturales, y no sólo aquella de los indígenas, como lo muestra no sólo que la Carta reconoce y protege genéricamente la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP arts 70 y 70) sino que también prevé derechos y tratamientos especiales para las comunidades negras del Pacífico o los raizales de San Andrés (CP arts 311 y 55T). En principio nada se opone a que si la finalidad de las normas acusadas es reconocer y proteger la diversidad cultural, entonces esa inimputabilidad pueda ser aplicada a todos los grupos y personas que en Colombia, por diversidad sociocultural, no tienen la capacidad de comprender la ilicitud de un hecho punible establecido en la ley, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión. Habría entonces que concluir que las disposiciones acusadas se aplican no sólo a los indígenas sino también potencialmente a todos los colombianos, o al menos a todos los miembros de grupos sociales que pudieran tener una cultura definida y distinta de la cultura nacional.

5- La anterior interpretación enfrenta empero el siguiente problema: el artículo 73 del estatuto penal regula la reintegración al medio cultural propio, y establece que ésta es la medida de seguridad a ser adoptada para aquella persona que, siendo inimputable por diversidad sociocultural, cometa una conducta típica y antijurídica. Esa disposición señala entonces que la medida consiste en la reintegración de la persona a su medio cultural, “*previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a que pertenezca*”. Esto significa entonces que la inimputabilidad por diversidad sociocultural sólo puede aplicarse a aquellas personas que hagan parte de culturas que tengan no sólo un medio cultural definido, sino que además posean autoridades propias. En efecto, el sentido de esta regulación es que la persona que sea inimputable por diversidad cultural, y cometa un hecho típico y antijurídico, pueda ser objeto de la medida de seguridad correspondiente, a saber su reintegro a su medio cultural, lo cual supone la coordinación con la autoridad de esa cultura. Y, como es obvio, debe tratarse de una autoridad reconocida y aceptada por el Estado colombiano, a fin de que pueda llevarse a cabo la correspondiente coordinación entre la autoridad judicial nacional y la autoridad de esa cultura.

6- En la situación actual del país, los pueblos indígenas son los grupos humanos que reúnen claramente las anteriores características de tener un medio cultural definido y autoridades propias reconocidas por el Estado. Así, no sólo sus territorios son entidades territoriales (CP art. 286), y por ende, esas comunidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias (CP art. 287) sino que, además, la Carta autoriza a esas autoridades a ejercer funciones judiciales (CP art. 246). Es pues claro que las disposiciones acusadas fueron diseñadas pensando esencialmente en las comunidades indígenas. Sin embargo, el hecho de que el Legislador no restringió

explícitamente la aplicación de la figura a esas comunidades, pudiendo claramente hacerlo, no puede pasar inadvertido, pues si la intención del Congreso fue limitar la inimputabilidad por diversidad sociocultural a los pueblos indígenas, entonces lo habría dicho. Al no hacerlo, *contrario sensu*, hay que concluir que la voluntad del Legislador fue que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural puede eventualmente aplicarse a otros grupos sociales y culturales, y no exclusivamente a los indígenas.

7- El anterior análisis lleva a la Corte Constitucional a la siguiente conclusión: por el diseño de la medida de seguridad correspondiente (reintegro a su medio cultural previa coordinación con la autoridad de la cultura), es claro que la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se predica esencialmente de los indígenas. Sin embargo, el hecho de que las normas demandadas no hubieran explícitamente limitado esa figura a los indígenas, indica que ésta podría ser aplicable en otros casos, si se dan los presupuestos previstos por las disposiciones acusadas, a saber: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro.

8- Así precisado el ámbito de aplicación de las disposiciones acusadas, procede entonces la Corte a estudiar los problemas constitucionales que ellas suscitan. Ahora bien, aunque esos artículos no se aplican exclusivamente a los indígenas, es evidente que, como se mostró en los fundamentos anteriores de esta sentencia, el diseño de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural tiene en los pueblos indígenas su referente y ámbito esencial de aplicación. Esto explica por qué la presente sentencia privilegiará el examen de la eventual vulneración, por parte de las disposiciones acusadas, de los derechos de los pueblos indígenas, aunque también realizará consideraciones sobre la posible afectación del pluralismo en general y de los derechos de otras comunidades culturales.

Entra entonces esta Corporación a examinar si la inimputabilidad por diversidad sociocultural, tal y como está prevista en las disposiciones acusadas, desconoce o no el pluralismo y el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Para tal efecto, la Corte comenzará por recordar los alcances y la funciones que juegan las nociones de imputabilidad y culpabilidad, en un Estado social de derecho fundado en la dignidad humana, y en donde está por consiguiente proscrita la responsabilidad penal objetiva (CP arts 1º, 5º y 29). Esa examen permitirá determinar cuál es la forma constitucionalmente más adecuada de enfrentar aquellas situaciones en donde una persona, por su diversidad sociocultural, no comprende la ilicitud de su comportamiento, o no puede determinarse de conformidad con dicha comprensión. Luego la Corte analizará la relación de esas situaciones con el reconocimiento constitucional del pluralismo cultural (CP arts 7º y 70), para así evaluar la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal.

9- En varias oportunidades, la Corte ha resaltado que, como consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana (CP art 1º), la Carta proscribiera la responsabilidad penal objetiva, y prevé un derecho penal de acto y no de autor. En efecto, con claridad el artículo 29 superior establece que no puede

haber delito sin conducta, al señalar que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa*" (subrayas no originales). Esta Corporación ha precisado la importancia de esta opción constitucional por un derecho penal de acto y de culpabilidad, en los siguientes términos:

"Dicha definición implica, por una parte, que el acontecimiento objeto de punición no puede estar constituido ni por un hecho interno de la persona, ni por su carácter, sino por una exterioridad y, por ende, el derecho represivo sólo puede castigar a los hombres por lo efectivamente realizado y no por lo pensado, propuesto o deseado, como tampoco puede sancionar a los individuos por su temperamento o por sus sentimientos. En síntesis, desde esta concepción, sólo se permite castigar al hombre por lo que hace, por su conducta social, y no por lo que es, ni por lo que desea, piensa o siente."

10- Es pues claro que la Carta excluye la responsabilidad penal objetiva, y exige que la persona haya actuado con culpabilidad. Esto significa que la Carta ha constitucionalizado un derecho penal culpabilista, en donde la exigencia de culpabilidad limita el poder punitivo del Estado, pues sólo puede sancionarse penalmente a quien haya actuado culpablemente. Por consiguiente, para que pueda imponerse una pena a una persona, es necesario que se le pueda realizar el correspondiente juicio de reproche, por no haber cumplido con la norma penal cuando las necesidades de prevención le imponían el deber de comportarse de conformidad con el ordenamiento, en las circunstancias en que se encontraba.

11- La constitucionalización de un derecho penal culpabilista suscita el siguiente interrogante: ¿qué hacer con aquellos comportamientos que son tan graves como un delito, en la medida en que afectan bienes jurídicos esenciales, y son típicos y antijurídicos, pero son realizados por personas que, por determinadas condiciones, no pudieron actuar culpablemente? Esta situación plantea difíciles interrogantes a los regímenes constitucionales fundados en la dignidad humana, pues esas personas no pueden legítimamente ser sancionadas penalmente por su conducta, ya que no actuaron con culpabilidad. Pero la sociedad debe también tomar medidas para evitar esos comportamientos que, a pesar de no ser realizados culpablemente, afectan gravemente bienes jurídicos esenciales, en la medida en que no sólo son típicos y antijurídicos sino que, además, existe la posibilidad de que la persona pueda volver a realizarlos, en muchos casos, por las mismas razones por las que no tiene la capacidad de actuar culpablemente.

12- Para enfrentar el anterior dilema, y como esta Corte lo explicó en reciente oportunidad, el estatuto penal colombiano, siguiendo la doctrina nacional e internacional sobre el tema, establece dos regímenes diferenciados de responsabilidad penal. Uno para los imputables, que son las personas que al momento de realizar el hecho punible pueden actuar culpablemente, ya que gozan de la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento y de orientar su comportamiento conforme a esa comprensión. En estos casos, el Código Penal impone penas y exige que el comportamiento sea no sólo típico y antijurídico sino además culpable, pues la Carta excluye la responsabilidad objetiva en materia punitiva (CP art. 29). De otro lado, el estatuto prevé un régimen distinto para los inimputables, que son los individuos que al momento del delito, y por factores como inmadurez psicológica o trastorno mental, no pueden comprender la ilicitud de su conducta, o no pueden determinarse de acuerdo con esa comprensión, y por ello no pueden actuar culpablemente. En

esos eventos, el Código Penal no establece penas, pues ello violaría el principio básico de un derecho penal culpabilista, sino que prevé medidas de seguridad, que no tienen una vocación sancionadora sino de protección, curación, tutela y rehabilitación. Y por ello el estatuto punitivo no exige que el comportamiento del inimputable sea culpable, ya que precisamente esa persona carece de la capacidad de actuar culpablemente. Basta entonces que su conducta sea típica, antijurídica, y que no se haya presentado una causal de exclusión de la responsabilidad. En tales circunstancias, esta Corte había señalado que en términos estructurales, en el Código Penal había dos tipos de hechos punibles, *“esto es, el hecho punible realizable por el sujeto imputable que surge como conducta típica antijurídica y culpable, y el hecho punible realizable por sujeto inimputable que surge como conducta típica y antijurídica pero no culpable (delito en sentido amplio)”*.

13- Esta diferenciación de regímenes de responsabilidad penal tiene sustento expreso en el artículo 28 superior, que prohíbe las *“penas y medidas de seguridad imprescriptibles.”* Pero incluso si esa disposición constitucional no previera esa diferencia entre penas y medidas de seguridad, ella encuentra claro sustento en los principios de igualdad y dignidad humana (CP arts 1º y 13), que prohíben un trato igual, en materia punitiva, entre las personas que pueden comprender la ilicitud de su comportamiento, y orientar su conducta con base en esa comprensión, y aquellos individuos que no pueden hacerlo. Por ello, desde sus primeras sentencias, esta Corte había señalado que esta diferencia de regímenes para imputables e inimputables se ajustaba a la Carta. Así, la sentencia T-401 de 1992, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, fundamento 4, señaló al respecto:

“La intención subjetiva presente en el momento de cometer el delito es el elemento que distingue las situaciones en que se ven comprometidos los imputables y que está ausente cuando la acción es realizada por los inimputables, incapaces de comprender la ilicitud de su conducta y determinarse de acuerdo con dicha comprensión. La conducta y el agente conforman para la Ley Penal un conjunto unitario que, con base en el indicado elemento, es claramente distinguible según se trate del imputable o del inimputable, de modo que las consecuencias jurídicas - pena y medida de seguridad - son diferentes y ello es así pues se originan en presupuestos diversos. La distinción que opera la Ley Penal, a juicio de la Corte, no es arbitraria, máxime si el legislador al otorgarle mayor peso a la intencionalidad del acto ha buscado conferirle más severidad a la pena. De otra parte, la medida de seguridad - mirada no a partir de su presupuesto sino de su consecuencia - tiene entidad y singularidad propias, explicables por su finalidad rehabilitadora del enfermo”.

14- Esta diversidad de regímenes explica a su vez que, como esta Corte lo explicó en la sentencia C-176 de 1993, MP Alejandro Martínez Caballero, las penas y medidas de seguridad en el ordenamiento colombiano tengan tanto similitudes como diferencias. Así ambas tienen fines de protección social, pues buscan evitar que quien cometió un hecho punible reitere su conducta. Las dos implican una restricción de derechos derivada de la comisión de un hecho punible, y en esa medida ambas hacen parte del derecho penal y están sometidas a las garantías constitucionales propias del derecho penal. Por ello, desde sus primeras decisiones, esta Corte ha señalado invariablemente que violan la Carta las medidas de seguridad indeterminadas, puesto que desconocen el principio de legalidad y la prohibición de las penas

imprescriptibles.

Pero obviamente, las penas y medidas de seguridad tienen también diferencias profundas, derivadas en gran parte del hecho de que la persona inimputable no puede actuar culpablemente. Por ello los fines de las penas y las medidas de seguridad no son idénticos. Por ejemplo, las penas tienen, entre otras, una cierta finalidad retributiva, de la cual están desprovistas las medidas de seguridad, pues sería contrario a la dignidad humana y a la libertad (CP arts 1, 16 y 28) castigar a quien no logra comprender la ilicitud de su comportamiento. Por ello, al referirse a las finalidades de estas medidas de seguridad, esta Corte señaló que éstas *“no tienen como fin la retribución por el hecho antijurídico, sino la prevención de futuras y eventuales violaciones de las reglas de grupo. La prevención que aquí se busca es la especial. De acuerdo con este objetivo se conforma su contenido. Otra cosa es que, por su carácter fuertemente aflictivo, también tenga efectos intimidatorios”* Y con base en esos criterios, las sentencias C-176 de 1993 y C-358 de 1997 concluyeron que violaba la Carta la fijación de términos mínimos de duración del internamiento de los inimputables, pues si la función de la medida de seguridad es curativa y de rehabilitación, no tiene sentido prolongar esa medida más allá del tiempo necesario para el restablecimiento de la capacidad psíquica de la persona. Por ello, la imposición de términos mínimos transforma la medida de seguridad en un castigo retributivo, incompatible con la situación propia de los inimputables. Dijo entonces esta Corte al respecto:

“El tiempo de internación del inimputable no depende de la duración prevista en el tipo penal respectivo sino de la duración que tome el tratamiento. Ahora bien, la rehabilitación psiquiátrica no tiene topes mínimos de duración sino que depende en cada caso del tratamiento científico pertinente. Es por ello que no se compadece con la preceptiva constitucional, particularmente con el valor y derecho a la libertad, el internar a un inimputable más tiempo del estrictamente necesario para lograr su rehabilitación. De allí la inconstitucionalidad de los plazos mínimos establecidos en los tres artículos estudiados”¹.

15- Estas diferencias entre imputables e inimputables, y entre penas y medidas de seguridad explican que el ordenamiento prevea, en muchos aspectos, regulaciones distintas para unos y otros, sin que pueda aducirse un desconocimiento del principio de igualdad. Por ejemplo, el artículo 24 del Código Penitenciario y Carcelario (la Ley 65 de 1993) prevé la existencia de establecimientos de rehabilitación y pabellones psiquiátricos especiales *“destinados a alojar y rehabilitar personas que tengan la calidad de inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial.”* La sentencia C-394 de 1995, MP Vladimiro Naranjo Mesa, declaró exequible esa disposición pues consideró que no violaba la igualdad ya que *“es apenas natural que los inimputables por trastorno mental o inmadurez psicológica, según dictamen pericial, tengan un tratamiento diferenciado, adecuado a sus circunstancias”*.

16- Una vez recordada la importancia de la culpabilidad en un Estado democrático, y la justificación constitucional de la existencia de un régimen dual de responsabilidad para imputables e inimputables, entra esta Corporación a examinar la legitimidad de las disposiciones acusadas. Y para tal efecto, la Corte considera que es posible reformular el problema suscitado por la demanda, en los siguientes términos: ¿es acaso válido constitucionalmente que las normas demandadas prevean una forma de

inimputabilidad, con su correspondiente medida de seguridad, para aquellos eventos en que un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, con autoridad propia, cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan podido actuar culpablemente, al no poder comprender, debido a su diversidad cultural, la ilicitud de su comportamiento?

Diversidad sociocultural, pluralismo e imposibilidad de comprender la ilicitud de un comportamiento: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?

17- Para responder el anterior interrogante, la Corte considera que es muy ilustrativo realizar el siguiente experimento mental: Supongamos que hay una persona, que no es indígena ni hace parte de un grupo cultural con autoridad propia reconocida por el Estado; pensemos que ese individuo comete una conducta típica y antijurídica. La pregunta que surge entonces es la siguiente: ¿qué podría sucederle, en nuestro ordenamiento constitucional y legal, a ese individuo, si al momento de realizar ese hecho, no tenía la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural? Ahora bien, esa persona no podría ser considerada inimputable, conforme a la regulación prevista en las normas acusadas, puesto que, en caso de ser encontrada responsable, no podría aplicársele la medida de seguridad prevista por la ley. La razón es muy simple: ese individuo no podría ser reintegrado a su medio cultural con la previa coordinación con la autoridad de su cultura, puesto que, como se dijo, su cultura no tiene una autoridad reconocida ni un medio cultural definido. Esto significa que a una persona en esas circunstancias, las normas acusadas no le son aplicables, como ya se explicó anteriormente en esta sentencia. En efecto, en los fundamentos 6 y ss de esta providencia, la Corte anotó que las disposiciones acusadas no se aplican a todas las personas sino únicamente a los indígenas y a quienes hagan parte de grupo cultural que (i) posea un medio cultural propio definido, y (ii) tenga autoridades propias reconocidas por el Estado.

Ahora bien: ¿significa lo anterior que esa persona, que no hace parte de un grupo cultural con esas características, y realiza una conducta típica y antijurídica, pero no comprende la ilicitud debido a su particular cosmovisión, debe entonces ser declarada culpable y ser condenada a la pena respectiva? Todo indica que la respuesta, desde el punto de vista de la dogmática penal, es negativa. En efecto, en ese evento la persona ha incurrido en un error de prohibición, puesto que su diversidad cultural le impide comprender la ilicitud de esa conducta, o determinarse con base en esa comprensión. Y en principio es razonable concluir que ese error era invencible, pues la persona, debido a su diversidad cultural, carecía en ese momento de la posibilidad de comprender la ilicitud de esa conducta. En tales condiciones, no resultaría compatible con un derecho penal culpabilista imponerle una sanción, puesto que a ella, en sus circunstancias específicas, no podía exigírsele que dejara de realizar un comportamiento, cuya ilicitud no comprendía. Una conclusión parece imponerse: teniendo en cuenta la naturaleza de la culpabilidad, y que el nuevo estatuto penal eliminó el mandato según el cual la ignorancia de la ley no excusa, y que el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”, esa persona debería ser absuelta.

18- Ahora bien, supongamos que un indígena, o alguien que hace parte de una minoría cultural que cuenta con un medio cultural definido y con una autoridad reconocida por el Estado, se encuentra en una situación semejante.

Imaginemos entonces que esa persona realiza también un comportamiento típico y antijurídico, pero no tiene la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, debido precisamente a su diversidad cultural. En ese evento, y de conformidad con las disposiciones acusadas, dicha persona es no sólo considerada inimputable sino que además debe ser declarada responsable por el juez penal, quien le impone la correspondiente medida de seguridad: su reintegro forzado a su medio cultural.

19- El anterior análisis muestra que la aplicación de las disposiciones acusadas conduce a la siguiente extraña situación: supuestamente la consagración de la inimputabilidad por diversidad sociocultural pretende proteger el pluralismo y la diversidad cultural; sin embargo aquellas comunidades que en principio se verían beneficiadas por esa figura resultan en realidad en una situación menos favorable que aquellos individuos a quienes no se aplican dichas disposiciones. En efecto, quienes son considerados inimputables en virtud de las normas demandadas, como los indígenas, son declarados responsables y se les impone una medida de seguridad en caso de que cometan una conducta típica y antijurídica, pero no hayan sido capaces de comprender su ilicitud, debido a sus diversos referentes culturales. En cambio, en idénticas circunstancias, aquellas personas a quienes no se aplican los artículos acusados, son absueltos, por cuanto su conducta no es culpable, al haber incurrido en un error de prohibición.

La paradoja es evidente por las siguientes dos razones: de un lado, la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, que es justificada como un mecanismo para proteger el pluralismo cultural, tiene como consecuencia una agravación de la situación penal de quienes supuestamente son beneficiados por sus mandatos. Y, de otro lado, ese empeoramiento de la situación penal recae primordialmente sobre aquellas poblaciones –como las comunidades indígenas- cuya diversidad e identidad cultural la Carta busca especialmente proteger. En efecto, conforme a la regulación acusada, si un colombiano o un extranjero incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado resulta absuelto; en cambio, si un indígena se encuentra en idénticas circunstancias, es condenado a una medida de seguridad, consistente en su forzoso reintegro a su medio cultural.

20- La situación descrita en los párrafos precedentes muestra que, en la práctica, y a pesar de sus loables propósitos, las disposiciones acusadas se traducen en una discriminación contra aquellas poblaciones y personas –como los integrantes de los pueblos indígenas- para quienes la Constitución ha ordenado precisamente una protección especial. En efecto, la Carta no sólo establece que los territorios indígenas son entidades territoriales, y que dichos pueblos pueden tener sus autoridades propias, sino que además los autoriza a administrar justicia de conformidad a sus normas y procedimientos (CP arts 246, 286 y 287). Esto significa que, en principio, las normas penales deben proteger preferencialmente la identidad y diversidad de los pueblos indígenas, pues no sólo están en la obligación de respetar las competencias propias de la jurisdicción indígena, sino que, además, tienen que tomar en cuenta el lugar especial que la Carta previó para esos pueblos. En contravía con esos mandatos constitucionales, los efectos prácticos de las disposiciones acusadas podrían terminar siendo lesivos para esas comunidades indígenas, ya que sus miembros resultan criminalizados –por la vía de la imposición de

una medida de seguridad- cuando efectúan ciertos comportamientos, mientras que la mayor parte de los colombianos o extranjeros que hubieran realizado esas mismas conductas resultan absueltos, por haber incurrido en un error de prohibición derivado de ciertos condicionamientos culturales.

21- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las normas acusadas serían inconstitucionales, al menos por los siguientes dos factores: de un lado, por violar el principio de igualdad, puesto que para una misma situación fáctica, las disposiciones demandadas estarían previendo dos tratamientos jurídicos diversos, sin que exista una clara justificación para esa diferencia de trato. En efecto, conforme al actual estatuto penal, si un indígena, o un miembro de un grupo cultural que cuenta con una autoridad reconocida por el Estado, comete un hecho típico y antijurídico pero, por su particular cosmovisión, no tuvo la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o de determinarse con base en esa comprensión, entonces es declarado inimputable, y se le impone una medida de seguridad. En cambio, si otro colombiano o un extranjero, que no hace parte de una comunidad indígena, o de un grupo cultural con una autoridad reconocida por el Estado, realiza ese mismo comportamiento, entonces resulta absuelto, por haber incurrido en un error de prohibición culturalmente condicionado.

22- De otro lado, y como bien lo señalan algunos intervinientes, las disposiciones acusadas también podrían resultar violatorias de la Carta, por desconocer el principio de proporcionalidad y el carácter del derecho penal como *última ratio*. Así, esta Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad o "*prohibición de exceso*" limita la libertad de configuración del Legislador en materia punitiva. Esta Corporación ha concluido entonces que "*sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas*". Directamente ligado al principio de proporcionalidad, es claro que el Estado debe evitar la criminalización de conductas, cuando tenga otros medios menos lesivos que el derecho penal para proteger los bienes jurídicos que pretende amparar. Y es que en un Estado social de derecho, fundado en la dignidad humana y en la libertad y autonomía de las personas (CP arts 1º, 5º y 16) resulta desproporcionado que el Legislador opte por el medio más invasivo de la libertad personal, como es el derecho penal, cuando cuenta con instrumentos menos lesivos de estos derechos constitucionales, para amparar los mismos bienes jurídicos. El derecho penal en un Estado social de derecho está entonces también limitado por el principio de necesidad, pues tiene el carácter de *última ratio*. En consecuencia, resultan inconstitucionales aquellas penalizaciones que sean innecesarias. Así lo reiteró recientemente esta Corte, en la sentencia C-647 de 2001, MP Alfredo Beltrán Sierra, fundamento 4º, en donde señaló que "*el derecho penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la ultima ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados*".

Ahora bien, en el presente caso, si la finalidad del Legislador al establecer la inimputabilidad era proteger la diversidad cultural, entonces podría considerarse que el Congreso incurrió en un exceso punitivo, puesto que hubiera podido obtener esos mismos propósitos con un dispositivo menos invasivo en términos de política criminal, en la medida en que bastaba reconocer la inculpabilidad de los agentes, cuando éstos incurren en un error de prohibición culturalmente condicionado. En efecto, la consagración de esa

forma de inculpabilidad sustrae a las personas y grupos culturales diversos del ejercicio del poder penal, con lo cual, como bien lo señalan algunos intervinientes y doctrinantes, el Estado evita criminalizar la diversidad cultural. Por el contrario, el recurso a la figura de la inimputabilidad mantiene a la persona que no comparte los valores culturales mayoritarios en el ámbito del derecho penal, puesto que posibilita la imposición de medidas de seguridad a aquellos individuos que realizan una conducta típica y antijurídica, pero no culpable.

23- Fuera de lo anterior, podría añadirse que la consagración de una forma de inimputabilidad por diversidad sociocultural también afecta el pluralismo, que la Carta no sólo ampara sino que estimula. En efecto, conviene recordar que la Constitución no sólo reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (CP art. 7°) sino que además establece que es deber del Estado proteger las riquezas culturales de la Nación (CP art. 8°). Y como si fuera poco, la Carta precisa igualmente que la *“cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad”* y que por ello el *“Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país”* (CP art. 70). Estas disposiciones constitucionales muestran que la Constitución aspira a construir una nación, en donde todas las culturas puedan convivir en forma pacífica e igualitaria. Por consiguiente, una regulación legal que implique un juicio de minusvalía contra ciertas culturas, es contraria a la Carta.

Ahora bien, como esta Corte ya lo había señalado en anteriores oportunidades, el concepto de inimputable en la dogmática penal tiene en general un sesgo peyorativo pues hace referencia a individuos que carecen de la capacidad para comprender la ilicitud de un acto, o para poder determinarse de acuerdo con esa comprensión, debido a la disminución, temporal o permanente, de sus capacidades intelectuales, valorativas o volitivas, ya sea por inmadurez mental o por una alteración sicosomática. La calificación de inimputable implica entonces un cierto juicio de disvalor, puesto que implica una especie de protección paternalista de las personas que tienen esas calidades. Así, esta Corte había señalado al respecto:

*“Aquellas personas que el derecho penal ha denominado “inimputables”, en efecto, se encuentran en inferioridad de condiciones síquicas para poder autodeterminarse y gozar a plenitud de la calidad de dignidad. Ello sin embargo no implica que tales personas carezcan de ella. Los inimputables poseen ciertamente dignidad, pero sus especiales condiciones síquicas requieren precisamente que el Estado y la sociedad los rodee de ciertas condiciones para que **se rehabiliten** y puedan así equilibrarse con los demás.” (Subrayas por fuera del texto)¹.*

24- Así las cosas, si conforme a la Carta, todas las culturas son iguales, parece inconstitucional que la ley defina como inimputable a quien incurre en un error cultural en la valoración de un comportamiento, y no comprende entonces su ilicitud, pues esa calificación tiene inevitablemente una connotación despectiva en contra de las culturas minoritarias. En efecto, la inimputabilidad significa aquí que quien no comparte los valores dominantes de la sociedad y del ordenamiento penal nacional es entonces equiparado a un inmaduro psicológico, o su diversidad cultural es asimilada a un trastorno mental, del cual la persona debe ser curada. Por ello esta Corporación ya había indicado que la calificación de las minorías culturales como inimputables vulneraba el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana. Dijo entonces esta Corte en relación con los indígenas, con criterios que son

válidos para las distintas minorías culturales, lo siguiente:

“De acuerdo con estas precisiones, es claro que abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, si no que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse.

Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o trastorno mental, factores que utiliza el Código Penal para caracterizar a los inimputables. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: "retraso mental cultural". (Hernán Darío Benítez. Tratamiento Juridicopenal del Indígena Colombiano. ¿Inimputabilidad o inculpabilidad?. Temis. Bogotá, 1988, pg 119)

Ahora bien, el término con que empieza el artículo 96 del Código Penal también es desafortunado, pues las medidas de seguridad persiguen fines de "curación, tutela y rehabilitación", que dentro de un régimen penal de pretendida validez universal, buscan "sanar a la persona, restablecer su juicio y lograr su readaptación al medio social". Decir que se aplicará una medida de seguridad al indígena que en razón de su diferencia cultural no comprende el carácter perjudicial de su conducta, es desconocer que el indígena es un ser normal que no está afectado por ninguna insuficiencia síquica, que requiera ser "curada o rehabilitada". En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para "corregirlo". Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen "naturales" en el grupo que las predica.

*No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. Por el contrario, de lo que se trata, es de cambiar la perspectiva del análisis, ya no fundada en un concepto de inmadurez psicológica, sino en la diferencia de racionalidad y cosmovisión que tienen los pueblos indígenas. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una **DIFERENCIA** valorativa y no de una **INFERIORIDAD** en las*

capacidades intelecto-volitivas.”

25- Las anteriores consideraciones parecen llevar a la siguiente conclusión: las disposiciones demandadas son inconstitucionales por vulnerar la igualdad, el principio de proporcionalidad y el reconocimiento constitucional del pluralismo, y por ello deberían ser retiradas del ordenamiento, en el entendido de que en esos casos debe absolverse, por error de prohibición culturalmente condicionado, a aquel indígena, o miembro de un grupo cultural con autoridad reconocida por el Estado, que realice una conducta típica y antijurídica, pero no haya tenido, por su particular cosmovisión, capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, o posibilidad de determinarse con base en esa comprensión.

Sin embargo, algunos podrían considerar, como lo hacen varios intervinientes, que el anterior razonamiento es equivocado pues la interpretación adelantada en los fundamentos anteriores de esta sentencia es errónea, ya que el Código Penal vigente no prevé expresamente el error de prohibición por diversidad cultural, y por ende, si se declara la inexecutable de las disposiciones acusadas, el resultado sería peor para los indígenas y los miembros de esos grupos culturales, ya que serían declarados imputables y su comportamiento quedaría sujeto a una pena, en muchos casos privativa de la libertad. Entra pues la Corte a estudiar este reparo.

Error de prohibición culturalmente condicionado, deber de cuidado e inimputabilidad.

26- El ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal no prevé expresamente el error de prohibición culturalmente condicionado, pues se limita a señalar que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”. Sin embargo una interpretación sistemática permite concluir que esa causal incluye el error de prohibición culturalmente condicionado, pues no sólo el nuevo estatuto penal eliminó la prohibición de invocar la ignorancia de la ley como excusa, la cual estaba prevista en el anterior ordenamiento penal, sino que, además, es claro que quien no puede comprender, por su particular cosmovisión, la ilicitud de su comportamiento, obra con un error sobre la licitud de su comportamiento.

27- Pero hay más. Incluso si se concluyera que el nuevo estatuto penal no prevé el error de prohibición culturalmente condicionado, de todos modos habría que concluir que esos comportamientos son, por mandato directo de la Carta, inculpables. En efecto, y como bien lo señalan algunos intervinientes, en un Estado de derecho fundado en la dignidad humana (CP arts 1 y 5), y que además reconoce y promueve el pluralismo y la multiculturalidad (CP arts 7, 8 y 70), la diversidad cultural no puede ser criminalizada. En ese orden de ideas, si es propio de ese tipo de Estado un derecho penal culpabilista, y la diversidad cultural no puede ser criminalizada, entonces una conclusión se impone: por mandato directo de la Carta, no puede ser sancionada penalmente aquella persona que incurra en una conducta típica y antijurídica, pero haya realizado ese comportamiento por un error de interpretación cultural, en la medida en que su particular cosmovisión le impidió comprender la ilicitud de su conducta. La exclusión de responsabilidad penal por un error de prohibición culturalmente condicionado es entonces una causal de rango constitucional, que obligatoriamente debe ser tomada en consideración por el Legislador.

28- Con todo, la Corte considera que el reparo contra el análisis de esta sentencia, por una supuesta interpretación indebida del alcance del ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal, puede tener en parte sustento en dos

aspectos: de un lado, el estatuto penal exige no sólo que el error de prohibición sea “*invencible*” sino que además especifica literalmente que para “*estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta*”. Esto significa que el error de prohibición, para ser un exonerante de responsabilidad, debe ser invencible, y ello supone que el sujeto activo tuvo un razonable cuidado por conocer y comprender la antijuridicidad de su comportamiento, pues si esa persona pudo actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta, y no lo hizo, entonces debe entenderse que su yerro no era insuperable sino evitable. Y en esta última hipótesis, el artículo 32 ordinal 11 del estatuto penal no prevé la exoneración de la responsabilidad penal sino únicamente la reducción de la pena a la mitad.

De otro lado, es necesario tomar en cuenta que la expresión acusada establece que la persona es inimputable no sólo si no puede comprender la ilicitud de su conducta (momento cognitivo) sino también si no puede actuar con base en dicha comprensión (momento volitivo). Ahora bien, la exclusión de responsabilidad por error de prohibición no cubre expresamente el momento volitivo, ya que literalmente el ordinal 11 del artículo 32 del Código Penal establece que no habrá lugar a responsabilidad penal cuando “*se obre con error invencible de la licitud de la conducta*”. ¿Qué sucede entonces si un indígena, o un miembro de otra minoría cultural, comprende en forma abstracta que determinado comportamiento es ilícito en el ordenamiento nacional, pero debido a su diversidad cultural y a sus profundas convicciones, derivadas de su particular cosmovisión, no puede actuar con base en dicha comprensión ¿Puede considerarse que incurrió en un error de prohibición? Las opiniones doctrinarias no son coincidentes al respecto. Así, para algunos autores, la situación debe ser asimilable a un error, ya que en el fondo la persona, por su diversidad cultural, no logra verdaderamente comprender la antijuridicidad de su conducta, a pesar de que abstractamente conozca su ilicitud, en la medida en que no puede motivar su comportamiento con base en ese conocimiento. En cambio, otras perspectivas consideran que no existe error, pues la persona tenía claro conocimiento de que su comportamiento estaba proscrito por el ordenamiento nacional. En tales circunstancias, es posible que, según ciertas interpretaciones, no sea excluido de responsabilidad aquella persona que, por su diversidad cultural, conoce la ilicitud de un comportamiento, pero no puede determinarse con base en ella.

29- El análisis del párrafo precedente indica que el conjunto de situaciones reguladas por el artículo 33 del Código Penal sobre inimputabilidad por diversidad cultural es más amplio que el conjunto de comportamientos que, según el artículo 32 ordinal 11 de ese estatuto, configuran un error de prohibición culturalmente condicionado, por dos razones: i) los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad y ii) la inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no. En tales circunstancias, la Corte coincide con los intervinientes en que la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, si se mantiene en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían

sujetos a una pena sino a una medida de seguridad, pues la persona sería declarada inimputable. Así, si un indígena comete una conducta típica y antijurídica, y no tenía, en la situación concreta, la capacidad de comprender su ilicitud, o de determinarse con base en esa comprensión por su diversidad cultural, al regularse esta conducta con base en la teoría del error no siempre ese comportamiento sería exonerado de pena, según lo preceptuado por el estatuto penal. En efecto, si el indígena pudo, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error era evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena, si la expresión acusada del artículo 33 del Código Penal es declarada inexecutable, pues ya ese indígena no sería declarado inimputable. Y, según ciertas perspectivas, tampoco habría exclusión de responsabilidad si la persona pudo conocer la ilicitud de su conducta pero, por su diversidad cultural, no pudo determinarse con base en dicha comprensión.

30- El análisis precedente conduce a la siguiente conclusión: muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos eventos en que esa causal de exclusión de la responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a esos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena.

La necesidad de condicionar el sentido de la inimputabilidad por diversidad cultural.

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

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

32- La pregunta que naturalmente surge del análisis precedente es la

siguiente: ¿qué debe hacer la Corte para enfrentar la anterior situación, según la cual la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural tiene vicios de inconstitucionalidad, pero no parece procedente declararla inexecutable, pues su retiro del ordenamiento podría ocasionar una situación igualmente grave desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales?

Para responder a ese interrogante, la Corte recuerda que, según reiterada jurisprudencia, ella tiene la facultad de modular el sentido de sus decisiones, y por ello no está atrapada en la disyuntiva de mantener en forma permanente una norma en el ordenamiento (declaración de constitucionalidad) o retirarla en su integridad (sentencia de inexecutable), puesto que la Carta simplemente ha establecido que a la Corte compete "*decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes*" (CP 241 ord 4º). Por consiguiente, al decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad, la Corte debe adoptar la modalidad de sentencia que mejor le permita asegurar la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución.

33- En tal contexto, la Corte considera que es posible condicionar la executableidad de la expresión acusada, a fin de ajustarla a la Carta. Así, en primer término, y para corregir las eventuales discriminaciones derivadas de la expresión acusada, la Corte considera que, por aplicación directa del principio de igualdad, y por el sentido mismo de la figura de la inimputabilidad, en aquellos eventos en que un indígena o un miembro de otra minoría cultural haya realizado una conducta típica y antijurídica, el funcionario judicial debe comenzar por examinar si concurre algunas de las causales de exclusión de la responsabilidad previstas por el estatuto penal, y en particular si hubo o no un error invencible de prohibición. Por consiguiente, si existe el error invencible de prohibición, entonces todo individuo en esas circunstancias debe ser absuelto, y no declarado inimputable pues, como ya se explicó en esta sentencia, desconocería la igualdad y la finalidad misma de la existencia de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural que en esos eventos el indígena o el miembro de una minoría cultural fuese objeto de una medida de seguridad, mientras que otra persona, en esas mismas circunstancias, es absuelto. Y esa conclusión no es una novedad de esta sentencia sino que había sido tradicionalmente aceptada por la jurisprudencia colombiana. Así, ha dicho al respecto la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema:

"Es evidente que frente a los inimputables no puede indagarse sobre el dolo o culpa con el cual pudieron haber procedido, pues el aspecto positivo de la culpabilidad exige claridad de conciencia y libre autodeterminación.

No existe ningún obstáculo, sin embargo, para aceptar que un sujeto que padezca trastorno mental o inmadurez psicológica, pueda actuar justificadamente o que en su acción ha concurrido circunstancia de exclusión de la culpabilidad, sin que sea dable calificarlo sólo por ese padecimiento como inimputable. Con relación a las causas de justificación por cuanto son de naturaleza preponderantemente objetivas y frente a las causas de inculpabilidad porque si ellas realmente se presentaron la causa determinante del hecho no fue ni el trastorno mental o la inmadurez, sino la presencia de una cualquiera de las razones expresamente señaladas en el artículo 40 del Código Penal, esto es, porque en este supuesto no se da la necesaria relación causal entre la inimputabilidad y el hecho, que conduzca a destacar su incapacidad de ser culpable, sino que fue una razón diversa como el caso

fortuito, la fuerza mayor, la coacción o el error, la que condujo a esa persona a la realización de comportamiento típicamente antijurídico.

En estas condiciones, dentro de los lineamientos del Código Penal de 1980, también puede predicarse la responsabilidad penal de los inimputables sobre el supuesto de que realicen conducta típicamente antijurídica y siempre que no haya concurrido causal de exclusión de la culpabilidad”.

34- La anterior precisión doctrinaria permite entonces evitar una eventual vulneración de la igualdad derivada de la expresión acusada, pues implica que toda persona que incurra en un error invencible de prohibición, sea o no inimputable, debe ser absuelta. De otro lado, la Corte considera que es posible también condicionar el alcance de la figura de la inimputabilidad a fin de eliminarle su sentido sancionatorio y su connotación despectiva. Para ello, debe tenerse en cuenta que las medidas de seguridad para los inimputables tienen, como lo señala el propio artículo 5° del estatuto penal, funciones de protección, curación, tutela y rehabilitación. Ahora bien, la Corte entiende que la declaración de inimputabilidad por diversidad cultural no puede pretender la curación o rehabilitación de quien es diverso culturalmente, pues no se trata de “curar” a esa persona de su especificidad cultural ya que eso sería pretender homogeneizar culturalmente a todos los colombianos, lo cual es contrario a los principios y valores constitucionales. En efecto, la Corte recuerda que no sólo Colombia es una nación pluriétnica y pluricultural (CP arts 7° y 8°) sino que además la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país (CP art. 70). Debe entonces entenderse que la declaración de inimputabilidad y la eventual medida de seguridad no pueden tener un carácter sancionatorio, ni de rehabilitación o de curación, sino que tienen exclusivamente, en estos casos, una finalidad de protección y tutela de quien es culturalmente diverso. Por consiguiente, la constatación que se haga judicialmente de que una persona es inimputable por diversidad socio cultural no tendrá el sentido peyorativo de considerarlo un incapaz, sino que exclusivamente el funcionario judicial constata que esa persona tiene una cosmovisión diversa, y por ello amerita una protección especial, tal y como la Constitución lo ordena (CP art. 8°)

35- En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoritaria a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados importantes por la ley nacional, el Estado, en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos, como formas de diálogo intercultural, que permitan un progresivo respeto y entendimiento entre las distintas culturas que forman la nación colombiana (CP art. 70). Y en ese ámbito, el propio proceso penal, que eventualmente conduzca a la declaración de inculpabilidad por un error culturalmente condicionado o a la declaración de inimputabilidad, puede perder su connotación puramente punitiva y tornarse un espacio privilegiado de diálogo intercultural. Esta Corporación ya había señalado esa importancia de los diálogos interculturales en el desarrollo de los procesos judiciales que puedan afectar a personas con distinta cosmovisión. Así, la sentencia SU-510 de 1999, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamento 4°, refiriéndose a los fallos de tutela, pero con criterios que son válidos para los otros procesos, y en especial para los casos penales, señaló al respecto:

“En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad

étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta (Por ejemplo, a través de los funcionarios, expertos y analistas que conozcan, parcial o totalmente, aspectos de la realidad cultural que resultará eventualmente afectada o, en general, de la problemática sometida a la consideración judicial)-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1°).

36- El examen precedente muestra que si se precisa que la inimputabilidad por diversidad sociocultural no deriva de una incapacidad de la persona sino exclusivamente de su cosmovisión diferente, entonces es posible eliminar los posibles efectos peyorativos y sancionadores de la figura, conservando sus virtudes en términos de protección y tutela de quienes son culturalmente diversos. Por ello la Corte considera que la decisión acertada es declarar, en esos términos, la exequibilidad condicionada de esa figura, lo cual se hará en la parte resolutive de esta sentencia.

La inconstitucionalidad de la medida de seguridad de retorno al medio cultural.

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

Conclusiones

Con base en lo expuesto, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. El inimputable por razones de diversidad cultural **responde penalmente** y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales. En otro contexto distinto, el art. 75 del Código Penal, que regula el trastorno mental transitorio sin base patológica, previó una solución similar. El inimputable puede permanecer en nuestro ámbito cultural.

2. El proceso penal tendría varias finalidades: a) Un propósito garantista, al permitir la exoneración de responsabilidad del inimputable, cuando se demuestre la atipicidad de su conducta o la existencia de una causal de justificación o inculpabilidad. b) Establecer un diálogo multicultural, para explicarle la diversidad de cosmovisión y la circunstancia de que su conducta no es permitida en nuestro contexto cultural. Este diálogo tiene fines preventivos, pues evita posibles conductas lesivas de los bienes jurídicos. c) Permitir que las “víctimas” del delito, tengan la oportunidad de ejercer sus derechos constitucionales y legales, y d) Durante el transcurso del proceso, el inimputable por diversidad sociocultural no podrá ser afectado con medida de aseguramiento en su contra, ni con ninguna de las medidas de protección para inimputables.

Unidad normativa.

38- La Corte concluye entonces que el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal son inexecutable pues se traducen en una penalización de la diversidad cultural. Ahora bien, esta Corporación constata que el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal presenta el mismo vicio de inconstitucionalidad pues, al regular las medidas de protección para los inimputables, establece que *“cuando se tratare de indígenas inimputables por diversidad sociocultural se dispondrá como medida de protección, si el perito oficial lo aconsejare, la reintegración provisional a su medio social”*. Por consiguiente, con base en la facultad prevista en el inciso tercero del artículo 6° del decreto 2067 de 1991, que permite a la Corte, con el fin de evitar que la decisión sea inocua, señalar en la sentencia aquellas disposiciones que conforman unidad normativa con aquellas otras que declara inconstitucionales, esta Corporación procederá a declarar también la inexecutable del artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

RESUELVE

Primero. Declarar EXEQUIBLE la expresión *“diversidad sociocultural”* del artículo 33 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, bajo los siguientes dos entendidos: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado en esta sentencia.

Segundo. Declarar INEXEQUIBLES el numeral 4° del artículo 69 y el artículo 73 de la Ley 599 de 2000 o Código Penal, y el artículo 378 de la Ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal.

(Documento 22)

Sentencia
T -239 del
5 de abril
del 2002

Demandante: Carlos Arturo Niaza Panchi

Magistrado ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

Problema Jurídico: ¿Puede la jurisdicción indígena, que impuso a uno de los suyos una condena consistente en privación de la libertad, disponer que ésta se purgue en un establecimiento de la justicia ordinaria?

Consideraciones de la Corte Constitucional

Es un hecho evidente que la jurisdicción especial indígena, garantizada y reconocida por la Constitución de 1991, en el artículo 246, está en proceso de construcción. Proceso en el que el Resguardo Indígena Embera-Chamí de Cristianía, de Jardín, del Departamento de Antioquia, puede ser considerado en el país, como uno de los que más ha avanzado en este sentido, al punto de que cuenta con un documento denominado "Constituyente Embera", en el que asuntos puntuales de la justicia propia han sido examinados y expresados en forma escrita. Allí se establece la competencia de la justicia Kapuria y los consensos con el cabildo Embera, para conocer de hechos delictivos ocurridos en territorio indígena, si los implicados son indígenas. Se expresa que esta competencia desplaza a la justicia ordinaria, de acuerdo con lo señalado en la Constitución y las sentencias T-254 de 1994 y T-349 de 1996 de la Corte Constitucional.

Se hace referencia a la reunión llevada a cabo en el Concejo Municipal de Andes, el 19 de agosto de 1998, en la que participaron representantes de las dos jurisdicciones, la indígena y la ordinaria, ésta última con la asistencia de funcionarios judiciales, del ministerio público y del Consejo Superior de la Judicatura.

Allí se llegó, entre otras, a las siguientes conclusiones:
1. Los hechos ocurridos en territorio indígena entre personas indígenas son de competencia de la comunidad de Cristianía, según sus normas y procedimientos.

2. La comunidad, sin embargo, tiene la facultad de enviar estos casos a la justicia ordinaria cuando lo considere necesario.

3. Si la comunidad impone detención preventiva o sanciona con cárcel, ésta debe cumplirse en los establecimientos de Andes y de Jardín, para lo cual debe solicitarse la colaboración del INPEC del Alcalde Municipal.

Como puede observarse, el hecho de que el actor esté recluso en el establecimiento carcelario de Andes no es un capricho ni del Consejo de Conciliación y Justicia Indígena, ni, mucho menos, del Director de tal establecimiento carcelario.

Por el contrario, obedece al cumplimiento riguroso de lo decidido por las autoridades indígenas y al compromiso de la justicia ordinaria, de colaborar con aquella, al permitir la utilización de sus instalaciones físicas carcelarias, mientras el Cabildo termina la construcción de su propio centro especial de reclusión.

Es más, es un hecho comprobado que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y, como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etc. Para completar su realización. Por ello, es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior, de Justicia, Inpec) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos

aspectos, pueda avanzar en su consolidación. Además, dentro de los deberes del ciudadano está el de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95, numeral 7, Constitución).

Este deber, al armonizarlo con el contenido del artículo 246 de la misma Carta, que establece la jurisdicción especial indígena, como una jurisdicción autónoma, permite concluir que no sólo esta autonomía no es absoluta, sino que requiere de la colaboración del Estado y de las dos jurisdicciones: la ordinaria y la indígena, para su cumplimiento.

En consecuencia, en el caso concreto que se estudia, el hecho de recibir a los indígenas del Resguardo de Cristianía por parte del Director de la Cárcel de Andes, es, como se advirtió, resultado de un deber constitucional, en el proceso de consolidación de tal jurisdicción en la forma como fue acordado por las respectivas autoridades, y no se trata de un gesto de mera buena voluntad de su parte o del Director General del Inpec. Por ello, no se entiende que la Dirección General del Inpec, en la comunicación que obra a folio 21, manifieste que no se reciban detenidos indígenas por cuenta de la justicia especial, y en este mismo sentido, se hubiere expresado el Director de la Cárcel de Andes, al señalar al juez de tutela que se ha abstenido a recibir a las personas procesadas por la justicia indígena, como una determinación general, sin detenerse a estudiar si, como en el caso objeto de este proceso, existe un compromiso con las autoridades indígenas de colaborar, temporalmente, con el servicio de reclusión, cuando la autoridad indígena decide sobre la pena que debe pagar uno de los suyos. Finalmente, se advierte que, en virtud de no haber sido alegada por parte del actor la violación de ningún otro derecho fundamental, la Corte no se pronunciará al respecto. De todo lo anterior, resulta que la tutela pedida debe ser denegada, porque el actor se encuentra recluso en un establecimiento carcelario de la justicia ordinaria, por decisión de la propia jurisdicción indígena a la que pertenece. Y es producto del acuerdo entre las autoridades de ambas jurisdicciones. Por lo tanto, se confirmará la sentencia objeto de revisión.

Resuelve:

Primero : Confirmar la sentencia de veintinueve (29) de enero de dos mil dos (2002), de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la acción de tutela presentada por Carlos Arturo Niza Panchi contra el Consejo de Conciliación y Justicia Indígena de Cristianía y el Director de la Cárcel del Circuito de Andes.

(Documento 23)

Sentencia
C-418 del
28 de
mayo del
2002

Actor: Juan Manuel Urueta Rojas

Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis

Problema jurídico: Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 122 (parcial) de la Ley 685 de 2001.

Consideraciones de la Corte Constitucional

Para el demandante el primer inciso del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 resulta contrario a la Constitución - particularmente a los artículos 1, 79, 330- y al Convenio 169 de la OIT aprobado mediante la Ley 21 de 1991-, por cuanto i) al pretender que la administración de manera unilateral determine las zonas dignas de protección especial en desarrollo de explotación minera podrían vulnerarse de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico; ii) por ende, se afectan los derechos de esas minorías étnicas para determinar, en concierto con la administración, las zonas que dentro de sus territorios deben revestir la calidad de zona minera que se sujetan a los derechos especiales previstos en el Código minero, dejando el resto del territorio indígena desprovisto de dicha protección; iii) se afecta el precepto de pluralidad pues no se tiene en cuenta la diversidad de criterios que pueden existir entre la administración y los indígenas al momento de delimitar las zonas mineras de que trata la ley; y iv) no se cumple con la finalidad constitucional de las normas que afecten las poblaciones indígenas las cuales deben propender porque éstas asuman el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico, de sus lenguas y religiones.

El interviniente en nombre del Ministerio de Minas y Energía al responder el interrogante que suscita la demanda en cuanto a si es preciso adelantar una consulta a la comunidad indígena antes de proceder a declarar la zona minera indígena se pronuncia por la constitucionalidad del artículo acusado y pone de presente que al efectuar un análisis de éste con el conjunto de normas de la Ley 685 y en especial el capítulo XIV, sobre “*Grupos étnicos*” resulta claro que si bien los argumentos de la demanda en cuanto a que la consulta previa proyecta el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por el constituyente, son válidos, es también cierto que en el caso en análisis aquel nunca ha sido desconocido. Cita al efecto que desde la presentación del proyecto de Código de Minas, del cual forma parte la disposición acusada, la comunidad indígena ha sido permanentemente consultada y que en el citado capítulo de la ley se establece un reconocimiento y una garantía para las comunidades indígenas en cuyo territorio se pueda llevar a cabo la explotación de recursos naturales teniendo en cuenta que dicha actividad influye en diferentes factores de la vida propia de las mismas como son el económico, social y cultural.

El Ministerio del Interior postula igualmente la constitucionalidad de la norma acusada pues a su juicio ésta sólo autoriza a que la autoridad minera señale y delimite una zona minera con lo cual no se faculta para explorar o explotar la zona ya que de tratarse de una exploración o una explotación minera en zona o territorio indígena se debe obligatoriamente surtir el proceso de consulta previsto en la Constitución y en la ley.

El representante de la Academia Colombiana de Jurisprudencia sostiene la constitucionalidad de la norma acusada pues de la existencia de ésta, “*perteneciente al Título Tercero de los regímenes Especiales capítulo XIV Grupos Étnicos, depende la real concreción de la participación y protección de*

las comunidades indígenas respecto de la exploración y explotación de sus territorios lo cual encuentra plena justificación en la tendencia pluralista de la Constitución Política de 1991 y satisface a cabalidad la necesidad de reivindicación de las minorías en cuanto a la toma de decisiones que puedan llegar a afectarlas”.

Para la vista fiscal el Artículo 122 de la ley 685 de 2001 no vulnera la Constitución Política si al señalar y delimitar zonas mineras dentro de los territorios indígenas tiene en cuenta la participación consultiva de la comunidad a través de sus representantes; en ese orden de ideas afirma que la norma acusada si bien no dispone que las autoridades deben tener en cuenta la participación de las comunidades indígenas de manera previa al señalamiento y delimitación -con base en estudios técnicos y sociales- de zonas mineras indígenas dentro de los territorios indígenas para la exploración y explotación del suelo y el subsuelo, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico es entendido como una unidad, por lo que éste debe analizarse como un todo con el propósito de realizar armónicamente los principios constitucionales y la fórmula de Estado Social de derecho, democrático, participativo y pluralista.

No obstante, teniendo en cuenta que la participación de las comunidades indígenas en los diferentes espacios de poder en donde se tomen decisiones que los afecten, constituye un derecho constitucional de naturaleza colectiva, señala que a ese mecanismo debe acudir cualquier autoridad administrativa, cada vez que adelante una actuación cuyos destinatarios sean las comunidades indígenas. Por ello, solicita a la Corte que teniendo en cuenta los artículos 1, 79, 80 y 330 de la Constitución señale de manera expresa los límites de la norma con el fin de evitar que las autoridades realicen interpretaciones diversas sobre ella, contrariando los principios constitucionales sobre protección y participación de las comunidades indígenas; para el efecto pide que se condicione la constitucionalidad de la disposición acusada *“solo si se interpreta que las autoridades, al señalar y delimitar zonas mineras dentro de los territorios indígenas, no solo deben tener en cuenta los estudios técnicos y sociales, sino también la participación consultiva de la comunidad a través de los representantes de sus comunidades y los demás mecanismos de protección indígenas reconocidos en el Código de Minas y en la Constitución Política”.*

En consonancia con las formulaciones y fundamentaciones enunciadas por los participantes en el presente proceso debe la Corte, entonces, resolver si asiste o no razón al demandante cuando solicita la declaración de inconstitucionalidad del inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 por ser contrario a las normas constitucionales por él invocadas o a otras del mismo ordenamiento superior que la Corte debe confrontar.

3. El régimen legal de la participación y especial protección de las comunidades indígenas respecto de la explotación de recursos naturales yacientes en el suelo y subsuelo de los territorios indígenas

Algunos de los intervinientes en el Proceso, particularmente quienes actúan en nombre del Ministerio de Minas y Energía y de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y el Señor procurador general de la Nación, han recabado sobre la necesidad de que el análisis de la norma acusada se efectúe no en la forma aislada planteada en la demanda sino bajo la consideración de que ella forma parte del capítulo XIV del Código de Minas y que por ello se concatena y armoniza con las disposiciones que en el Código se refieren a la explotación

de los recursos mineros existentes en los territorios indígenas. En consecuencia, la Corte, de antemano fijará, en el enunciado contexto, el contenido y proyecciones de la disposición acusada.

El capítulo XIV de la Ley 685 bajo el epígrafe “*grupos étnicos*” regula lo relativo a la protección de la integridad cultural, las zonas mineras indígenas, el territorio y comunidad indígenas, los derechos de prelación de los grupos indígenas, la concesión, los acuerdos con terceros, las áreas indígenas restringidas, los títulos de terceros, la participación económica de las comunidades y grupos aborígenes, entre otros temas.

En ese orden de ideas se dispone sobre:

1. La obligación a cargo de todo explorador o explotador de minas de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo (Artículo 121).

2. La prelación de las comunidades y grupos indígenas para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. (Artículo 124).

3. La competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de la zona minera indígena los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones y explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres. (Artículo 127)

4. La obligación a cargo de los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en dichos territorios. (artículo 129)

5. La previsión de que la concesión se otorgará a solicitud **de la comunidad o grupo indígena** y a favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones en las que puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad se establecerá por la comunidad indígena que los gobierna. Esta concesión no será transferible en ningún caso. (Artículo 125 en concordancia con el artículo 35 de la misma ley).

6. La posibilidad de que las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera indígena contraten la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes con personas ajenas a ellos. (Artículo 126)

7. La previsión de que cuando personas ajenas a la comunidad o grupo indígena obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras indígenas delimitadas conforme al artículo 122 vinculen preferentemente a dicha comunidad o grupo a sus trabajos y obras y capaciten a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia (Artículo 128).

El entendimiento de las anteriores formulaciones debe hacerse teniendo en cuenta que conforme al Artículo 5 de la misma Ley 685 correspondiente al título I sobre disposiciones generales del Código, los minerales de cualquier clase y ubicación yacentes en el suelo o subsuelo en cualquier estado físico natural son de la exclusiva propiedad del Estado sin consideración a que la propiedad posesión o tenencia de los correspondientes terrenos sean de otras entidades públicas, de particulares o de comunidades o grupos.

Así mismo se ha de considerar que para efectos de la protección a los grupos étnicos la ley define como **territorios indígenas** las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y las demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan.

Dentro del contexto trazado, el Artículo 122, cuyo primer inciso es objeto de la acusación de inconstitucionalidad en el presente proceso, atribuye a la autoridad minera la competencia para señalar y delimitar dentro de los territorios indígenas zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deban ajustarse a las disposiciones especiales que se han reseñado, dirigidas a la protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. El señalamiento y delimitación en mención debe hacerse con base en estudios técnicos y sociales.

El inciso segundo de este artículo (disposición no demandada) dispone que *“toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código”*.

La Corte finalmente debe destacar, en torno del articulado del capítulo XIV de la Ley 685 que en él se establece, de una parte, la competencia para el señalamiento de delimitación de las zonas mineras indígenas en cabeza de la autoridad minera y, de otra, la competencia de la autoridad indígena para señalar dentro de *“la zona minera indígena”* los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres.

El marco constitucional de análisis de la disposición acusada

Como surge de la argumentación esbozada por el demandante y de los planteamientos que en torno de la misma expresan los intervinientes y el Señor Procurador General de la Nación, en el presente caso deben armonizarse los intereses generales del Estado, titular del subsuelo y propietario de los recursos que se encuentren en él, con los intereses de las comunidades indígenas que también son intereses generales de la comunidad colombiana pues la Constitución reconoce y protege el multiculturalismo que es expresión de pluralismo étnico.

Así las cosas, el examen de constitucionalidad, como lo propone el demandante, ha encaminarse a determinar si la norma acusada en cuanto solo prevé que la delimitación y demarcación de las zonas mineras indígenas en relación con un determinado territorio indígena compete a la autoridad minera, sin que explícitamente se haya incluido para ese efecto mención acerca de la necesaria participación - como si se hace en el mismo artículo 122 respecto de los proyectos concretos de exploración y explotación de los recursos- transgrede las reglas contenidas en los Artículos 1, sobre la condición de pluralista del Estado Colombiano, 79, acerca del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y de la garantía legal de participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo y 330, sobre la protección a los territorios indígenas que incluye el mandato de que la explotación de los recursos naturales ha de hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de la obligación del Gobierno de propiciar la participación de las respectivas

comunidades en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación.
El pluralismo postulado en la concepción del Estado Social de derecho y la especial protección a las comunidades en el marco de la Constitución. Reiteración de la jurisprudencia.

Las finalidades proclamadas en el Preámbulo de la Constitución de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento la libertad y la paz dentro de un marco jurídico democrático y participativo se acompañan con la formulación de las características esenciales del estado social de derecho entre ellas la de ser Colombia una república democrática, participativa y pluralista. Estas notas configurativas logran concreción en los diversos ámbitos del quehacer social y estatal, mediante postulados específicos contenidos en otras disposiciones de la Constitución.

Para los efectos de la resolución del presente proceso es pertinente destacar que la participación en si misma ostenta rango de derecho fundamental que debe ser asegurado y facilitado por las autoridades a “*todos*”, en cuanto fin esencial del Estado, en torno de las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural. Pero al propio tiempo, la participación se instaura en instrumento indispensable e insustituible para la efectividad de otros derechos constitucionalmente reconocidos, tengan o no el carácter de fundamentales. Esto es lo que sucede, por ejemplo, tratándose del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, en torno del cual “*la ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo*” (Artículo 79) y de la preservación del derecho a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, a propósito de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, como se analiza a continuación siguiendo la jurisprudencia de esta Corte.

Precisamente la protección del pluralismo plasmado en el reconocimiento como derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad social, cultural y económica por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura adquiere especial relevancia en materia de la explotación por el Estado de los recursos naturales yacientes en los territorios indígenas la que debe efectuarse sin desmedro de dicha integridad (Artículo 330 de la C.P.)^{13[5]}.

Para asegurar dicha subsistencia, como ha señalado la Corte a través de consistente jurisprudencia siguiendo el texto del párrafo del artículo 330 de la Constitución, “*se ha previsto cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones*”¹.

^{13[5]} En la sentencia T-380 de 1993 – M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz- la Corte puso de presente que 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. 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 -. 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 política.

	<p>La Corte, igualmente, ha estudiado en forma detenida lo relativo a las características, alcance y efectos de la proyección del derecho de participación como garantía de efectividad y realización del derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas cuando de la explotación de los recursos naturales se trata y ha establecido como rasgos especiales del mismo los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. -No se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, <u>como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.</u>(subrayas fuera de texto). -El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado. La Corte ha tenido ocasión de precisar los alcances de los artículos 6 y 7 del Convenio 169 OIT en los siguientes términos : <p>“De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1.989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1.991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, <i>"mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente"</i>. Asimismo, el artículo 7 del Convenio reconoce a tales colectividades <i>"el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente"</i>.</p> <p>De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: <i>"La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar</i></p>
--	--

¹⁴[10] Aprobada mediante Ley 67 de 1.993

¹⁵[12] SU 039 /97.

efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país". Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969^{14[10]}, según la cual "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (subraya fuera del texto).

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

En ese orden de ideas, la Corte, en la sentencia en cita, destacó que la Constitución solo reconoce explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el parágrafo del artículo 330, a saber:

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

- En armonía con la finalidad constitucional asignada al mecanismo de la consulta mediante el cual – constitucional y legalmente se materializa la especial proyección del derecho de participación en referencia la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que :

"comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar

conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

La Corte también ha avanzado sobre el alcance de la Consulta y ha destacado que:

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrase los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica^{15[12]}.

La norma acusada y la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas

Como quedó establecido en la reseña de la demanda, para el actor la norma acusada viola las reglas constitucionales enunciadas por él toda vez que la facultad de declarar una zona minera indígena sin que se consulte tal decisión con los posibles afectados, tal y como lo exigen las normas superiores referidas “*podría vulnerar de manera irremediable las formas de vida de los pueblos indígenas en sus aspectos territorial, cultural, social y económico*” y deja al arbitrio de la administración la calificación sobre cuáles zonas “*son dignas de protección especial*” en las que la exploración y explotación del suelo y subsuelo deberán ajustarse a las disposiciones especiales que versan sobre protección y participación de comunidades y grupos indígenas. Así mismo arguye que el derecho al ambiente sano (artículo 79 de la Constitución) impone hacer partícipes a las comunidades en la toma de decisiones tan trascendentales como la delimitación de zonas de protección para los indígenas.

Al retomar el análisis de la disposición acusada y confrontarla con las reglas constitucionales invocadas por el demandante, cabe formular las siguientes puntualizaciones:

-Las zonas mineras indígenas son sectores que se establecen dentro de un territorio indígena.

-La norma acusada prevé un mecanismo para proyectar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas. En efecto, mediante la delimitación y alinderamiento de “*zonas mineras indígenas*” se reconoce a las comunidades indígenas del respectivo territorio un derecho de prelación para exploración y

explotación frente a otros posibles explotadores pues existiendo interés de aquellas, la autoridad minera debe celebrar el correspondiente contrato de concesión. Y de todos modos se señala que toda propuesta de particulares será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas.

-Si bien puede argumentarse, como lo hacen los intervinientes, que la sola delimitación de la zona minera indígena no afecta bien alguno constitucionalmente protegido pues la delimitación no implica el adelantamiento de proyectos concretos de exploración y explotación para los cuales se garantiza la participación directa de la respectiva comunidad, a juicio de esta Corporación no se puede desconocer que como en la medida en que el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena están llamados afectar el régimen de explotación del suelo y el subsuelo minero en los territorios indígenas no es indiferente la participación de la comunidad indígena respectiva. En efecto, a menos que la zona minera indígena comprenda todo el ámbito de un *"territorio indígena"* es claro que, en el ámbito territorial no comprendido en la *"zona minera indígena"* pueden yacer minerales en el suelo y en el subsuelo que estarían sometidos a un régimen de explotación diferente del previsto para la *"zona minera indígena"*, conforme a lo establecido en esta providencia a propósito del entendimiento y proyección de la disposición acusada.

-La circunstancia de que la norma acusada en cuanto forma parte del Código de Minas haya sido objeto de consulta en las mesas de concertación -como pone de presente en su intervención el Ministerio de Minas y Energía- con participación de representantes de las comunidades indígenas si bien satisface en cuanto al estudio del Código el requisito constitucional de participación en la formulación del régimen normativo especial, no es suficiente cuando de la precisión de ámbitos y regímenes concretos de explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se trata.

-Ahora bien, cabe preguntarse si en la medida en que el señalamiento y delimitación de *"la zona minera indígena"* debe basarse en estudios técnicos y sociales, la consulta a la comunidad indígena interesada resultaría inocua. Al respecto se ha de responder que si bien la decisión debe soportarse en dichos estudios tal como lo prevé la norma acusada, de tal manera que sin que medien dichos estudios aquella no podrá adoptarse, es evidente que los mismos no arrojan un contenido que imponga o descarte per se, en forma directa y automática el señalamiento y delimitación de la zona minera indígena.

-En armonía con lo anteriormente expuesto, para la Corte resulta claro que si la delimitación y señalamiento de la *"zona minera indígena"* dentro de un determinado territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.

La decisión que debe adoptar la Corte

Clarificado el deber de consulta a las comunidades indígenas en el caso en análisis, subsiste el interrogante sobre si dicha garantía debía preverse de manera expresa en el texto de la norma acusada y si su ausencia configura una omisión legislativa relativa por tratarse de un ingrediente que de acuerdo

	<p>con la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con la norma superior.</p> <p>Para resolver lo anterior, lo primero que debe advertirse es que el texto de la norma acusada y la parte supuestamente omitida no configuran en sí mismos una disposición que prohíba la consulta o que haga nugatoria la garantía constitucional prevista en favor de las comunidades indígenas. No existe entonces un contenido normativo implícito que pueda ser objeto de reproche mediante el análisis de control constitucional, tal como sucede con las denominadas omisiones legislativas relativas.</p> <p>Por otra parte, en relación con la norma no caben interpretaciones diversas, pues se limita a asignar una competencia a la autoridad minera. Y podría afirmarse que en la medida en que el mandato del párrafo del Artículo 330 de la Constitución tiene como destinatario directo al Gobierno quien <i>“propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”</i> será éste quien en cada caso, en armonía con los procedimientos previstos en la ley, deberá poner en marcha los mecanismos de efectiva consulta.</p> <p>No obstante como una interpretación del conjunto del título XIV de la Ley 685 y del inciso acusado del Artículo 122 en armonía con el inciso segundo de esa misma disposición podría llevar a que se entienda la norma acusada en el sentido de que para los solos efectos de la delimitación y señalamiento de las <i>“zonas mineras indígenas”</i> no sería necesaria la consulta, resulta necesario incorporar a ella los valores constitucionales que configuran la garantía de consulta a los grupos indígenas.</p> <p>Ante esta circunstancia y en aras de garantizar los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, es indispensable incorporar al contenido de la disposición acusada las previsiones de la Constitución Política en relación con el derecho fundamental de consulta y precaver de esta manera contra un alcance restrictivo de la participación de las comunidades en las decisiones relacionadas con la explotación de recursos en sus territorios.</p> <p>RESUELVE: Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del Artículo 122 de la Ley 685 de 2001 <i>“Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”</i> bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al párrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio_169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991. (Documento 24)</p>
--	---

III. Proyectos de Acto legislativo y de ley archivados

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
Proyecto de ley estatutaria No 35 del	<p>Por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.</p> <p>Artículo 1. Ámbito de aplicación. Las disposiciones de esta ley regularán las</p>

<p>24 de julio de 2003 Senado.</p>	<p>relaciones entre las autoridades de los pueblos indígenas, y las Autoridades del Sistema Judicial Nacional y las autoridades administrativas o de policía que sirvan de apoyo a la administración de justicia en el territorio nacional.</p>
<p>Autor: Senador Jesús Enrique Piñacue Achicue</p>	<p>Artículo 2. Para los efectos de la presente ley, se establecen las siguientes definiciones: Coordinación jurisdiccional. Son las acciones o actividades de apoyo, y colaboración, en condiciones de igualdad, que se realizan entre las autoridades de los pueblos indígenas y las autoridades del sistema jurisdiccional nacional y las autoridades de apoyo a la administración de justicia, sin menoscabo de la autonomía del pueblo indígena, con el objetivo de hacer efectivo el acceso a la justicia.</p>
<p>Publicado en la Gaceta del Congreso No. 358 de 2003.</p>	<p>Jurisdicción especial indígena. Es la facultad constitucional de las autoridades indígenas de administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial.</p>
<p>Estado: Archivado</p>	<p>Territorios indígenas. Se entiende por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no están poseídas en dicha forma, constituyen su hábitat o el ámbito tradicional de sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, así otros grupos étnicos o poblacionales habiten en dicho territorio.</p>
	<p>Pueblos indígenas. Se entiende por pueblos indígenas los grupos, comunidades, parcialidades e individuos descendientes de los pobladores originarios de América que tengan conciencia de su identidad étnica y cultural, manteniendo usos y valores de su cultura tradicional, así como instituciones de gobierno, de control social y sistemas normativos propios.</p>
	<p>Vinculación social y cultural. Para efectos de determinar la competencia se considera que un ciudadano es indígena por adopción cuando mantiene relaciones de filiación, pertenencia e identificación cultural con un pueblo indígena sometiéndose voluntariamente a los usos y costumbres de la respectiva comunidad con el ánimo de establecer su domicilio en el territorio indígena respectivo.</p>
	<p>Autoridades de los pueblos indígenas. Son las personas o instituciones reconocidas por cada pueblo indígena como las autoridades legítimas que administran y ejercen justicia en los territorios indígenas de conformidad con sus usos, costumbres, normas, procedimientos, reglamentos de convivencia y la legislación especial indígena. Para efectos de la presente ley, las instancias legítimas encargadas constitucional, legal y consuetudinariamente de administrar justicia al interior de sus territorios son Los Consejos Regionales, las autoridades tradicionales, y demás instituciones que autónomamente creen los pueblos indígenas.</p>
	<p>Autoridades del Sistema Jurídico Nacional. Para efectos de la presente ley se consideran autoridades del Sistema Jurídico Nacional las definidas en los artículos 11 al 13 de la Ley 270 de 1996, "Estatutaria de la Administración de Justicia" o las que determine el legislador.</p>
	<p>Autoridades de apoyo a la administración de justicia. Para efectos de la presente ley se consideran autoridades de apoyo el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, El Instituto Colombiano Bienestar Familiar, La Policía Nacional, El Departamento Nacional de Seguridad, y las demás que tengan atribuida por disposición legal o reglamentaria funciones de policía judicial o que</p>

coadyuven a la administración de justicia.

Artículo 3. Pluralismo jurídico. El Estado reconoce y protege la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, de conformidad con el principio constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Artículo 4. Autonomía judicial. Las autoridades de los pueblos indígenas gozarán de Autonomía para el ejercicio de sus funciones administrativas y jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, dentro de las diferentes áreas del derecho, de conformidad con sus usos, costumbres, normas y procedimientos siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República.

Artículo 5. Debido proceso. Las autoridades de los pueblos indígenas autónomamente aplicarán en sus actuaciones judiciales y administrativas los usos, Costumbres, normas y procedimientos garantizando a las partes el ejercicio pleno de sus derechos. Los pueblos indígenas podrán establecer instancias para la revisión de las decisiones de sus autoridades con el fin de garantizar el derecho de defensa y el debido proceso.

Artículo 6. Acceso a la justicia. Las autoridades e instituciones de los pueblos indígenas garantizarán el acceso a la justicia de todos sus miembros y de aquellos que no siendo indígenas tengan su domicilio en el territorio indígena y se encuentran vinculados familiar, social y culturalmente a la respectiva comunidad.

Artículo 7. Idioma oficial. Las actuaciones de las autoridades indígenas se harán en el idioma oficial de su territorio tal como lo establece el artículo 10 de la Carta Política, pero para efectos de la coordinación judicial se establecerá el idioma español.

Las autoridades del Sistema Judicial Nacional cuando haya un indígena sometido a su jurisdicción, de oficio, a petición de parte, de la autoridad indígena o del Ministerio Público, nombrarán un intérprete que domine el idioma indígena y el español con el fin de garantizar el derecho de defensa y el respeto a la identidad étnica y cultural del indígena procesado. Igual proceder deberán tener las autoridades indígenas cuando deban juzgar a un indígena o persona vinculada culturalmente que no hable el respectivo idioma indígena.

Artículo 8. Respeto a la diversidad étnica y cultural. La coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena propenderá por la protección y fortalecimiento de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas dentro de los límites establecidos por la Constitución política y los Tratados internacionales sobre la materia.

Artículo 9. Reciprocidad. Con el objeto de facilitar la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley, las autoridades Indígenas al igual que las Autoridades del Sistema Judicial Nacional actuarán aplicando el principio de reciprocidad en sus actuaciones con la finalidad de que se cumpla con la obligación de administrar justicia a los justiciables en todo el territorio nacional.

Artículo 10. Cosa juzgada. Las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas tendrán los efectos jurídicos que los sistemas normativos de los pueblos indígenas prevean.

Las decisiones de las autoridades indígenas proferidas en ejercicio de la jurisdicción especial indígena tendrán efectos de cosa juzgada para tal efecto las Autoridades indígenas a petición de parte, de las Autoridades del Sistema Judicial Nacional o del Ministerio Público expedirá la respectiva certificación o las copias de la decisión o sentencia al interesado para evitar la violación del principio "*nom bis in idem*". Igual proceder deberán observar las Autoridades del Sistema Jurídico Nacional en las mismas circunstancias.

Las decisiones de los jueces ordinarios en las que se involucre un indígena, tendrán los efectos señalados en el Sistema Judicial Nacional y hacen tránsito a cosa juzgada.

Artículo 11. Reglas de competencia. Las siguientes serán las reglas mediante las cuales se coordinarán las competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional, las autoridades de los pueblos indígenas conocerán:

1. De los asuntos de cualquier naturaleza o materia sucedidos dentro de sus territorios, entre indígenas y entre estos y sus instituciones creadas para el ejercicio de sus derechos, como los resguardos, cabildos, asociaciones de cabildos, asociaciones de autoridades tradicionales, Entidades de Salud, núcleos educativos, cooperativas y las demás que existan o llegaren a existir.

2. Igualmente conocerán de los asuntos de cualquier naturaleza o materia sucedidos dentro de sus territorios, entre indígenas y otros nacionales vinculados social, cultural y familiarmente a la comunidad.

3. Igualmente podrán conocer aquellos asuntos sucedidos por fuera de sus territorios cometidos por indígenas que se encuentren transitoriamente fuera de su ámbito territorial tradicional o están realizando actividades propias de la defensa, promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas y cuando se presenten casos entre indígenas por fuera de su ámbito territorial, en estos casos las Autoridades del Sistema Judicial Nacional notificarán a la autoridad indígena correspondiente para que esta decida si asume o no el caso. La respuesta de la autoridad indígena podrá ser escrita o verbal, en este último caso el secretario del despacho correspondiente dejará constancia escrita, la cual será firmada por el representante legal del territorio indígena o a ruego, en caso de no saber firmar.

En los casos cuando las decisiones de las autoridades ordinarias surtan efecto en el territorio indígena en razón de que los interesados tengan su domicilio en este, los funcionarios judiciales deberán al momento de tomar la decisión correspondiente acoger y aplicar los usos, costumbres y mecanismos de resolución de conflictos internos, especialmente los relacionados con la forma de determinar el parentesco y las responsabilidades personales y sociales derivadas de este, además, cuando se impongan penas relacionadas con el pago de sumas periódicas de dinero se deberá tener en cuenta las prácticas económicas tradicionales a fin de determinar cual es la forma tradicional de compensación o pago utilizada por el pueblo indígena.

Parágrafo 1. Las autoridades de los pueblos indígenas en ejercicio de la jurisdicción tendrán la facultad de remitir a la jurisdicción nacional los casos, que por razones de grave alteración del orden público o social, grave conflicto de intereses o fuerza mayor, consideren que deben ser resueltos por las

autoridades judiciales ordinarias. Esta decisión no será considerada denegación de justicia. Igualmente podrán solicitar en materia penal que la Fiscalía General de la Nación adelante la parte investigativa del proceso, y posteriormente rinda un informe a la respectiva comunidad, del caso encargado.

Parágrafo 2. Las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, tienen la facultad autónoma, previa reunión de la asamblea general de cada pueblo indígena, de permitir el autorreconocimiento de las comunidades indígenas, y por ello, son los únicos autorizados para expedir la certificación de pertenencia de una comunidad o individuo a un pueblo indígena.

Artículo 12. Conflictos de competencia. Los conflictos de competencia que se susciten serán resueltos de la siguiente manera:

Cuando se trate de conflictos de competencia entre autoridades indígenas estos serán resueltos de conformidad con sus usos, costumbres, normas y procedimientos acudiendo a sus propias instancias cuando estas existan o creando las que sean necesarias.

Cuando se trate de conflictos de competencia entre autoridades de los pueblos indígenas y autoridades del sistema judicial nacional serán resueltos por la sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

Artículo 13. Formalidades. Las formalidades de las actuaciones de las autoridades indígenas se determinarán por los usos, costumbres, normas y procedimientos de cada pueblo indígena.

Cuando una decisión de las Autoridades indígenas surta efectos fuera del ámbito territorial, éstas deberán expedir la correspondiente certificación, para que las autoridades judiciales y administrativas las respeten, acojan e inscriban en los casos necesarios.

Artículo 14. Autoridades del Sistema Jurídico Nacional y las autoridades de apoyo a la administración de justicia. Deberán realizar con la participación de los pueblos indígenas, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, un reglamento general para la coordinación de las actividades propias de cada entidad, entre sus dirigentes y las autoridades de dichos pueblos, el cual deberá ser publicado y divulgado. En todos los casos se establecerá una salvedad en torno a las necesidades de tener presente en cada caso, las particularidades propias de cada pueblo indígena.

Artículo 15. Las autoridades indígenas podrán suscribir convenios con las del Instituto Nacional Penitenciario, INPEC, o quien haga sus veces, con el objeto de dar cumplimiento al mandato del Convenio 169 de la OIT; para lo cual se tendrá en cuenta entre otros aspectos, la prestación del servicio de reclusión y las entrega en custodia de los miembros de pueblos indígenas.

Previa solicitud de las autoridades indígenas, los indígenas condenados por la jurisdicción penal podrán ser entregados en custodia a su respectiva comunidad para desarrollar trabajos comunitarios dentro del territorio indígena a efectos de redimir la pena en los términos previstos en la Ley 65 de 1993. El Director del respectivo centro penitenciario o carcelario, acordará con la autoridad indígena las condiciones de la prestación del servicio y vigilancia para el desarrollo de tales actividades.

Parágrafo. A fin de garantizar la integridad étnica y cultural de los indígenas condenados por la jurisdicción penal ordinaria estos deberán ser recluidos

siempre en el centro penitenciario o carcelario más cercano a su territorio, en centros especiales con el fin de lograr su readaptación mediante mecanismos de trabajo y educación adecuados culturalmente preservando al máximo la cultura, costumbres, idiomas, lazos familiares y formas tradicionales de autoridad; se prohíbe el traslado de indígenas a centros penitenciarios, que generen su alejamiento de su ámbito familiar y cultural.

Artículo 16. Menores indígenas. A solicitud de las autoridades indígenas, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, prestará la asesoría necesaria para la prevención de las conductas que afecten la integridad familiar y los derechos del menor, igualmente, deberá prestar la colaboración necesaria para rehabilitar a los menores indígenas que cometan conductas punibles propendiendo a su readaptación social y cultural, y su reinserción al ámbito territorial.

Artículo 17. Práctica e intercambio de pruebas. Las Autoridades del Sistema Judicial Nacional, las autoridades que cumplan funciones de policía judicial y las autoridades indígenas en aplicación del principio de reciprocidad, podrán solicitar la práctica y el intercambio de pruebas, previa solicitud escrita, con el fin de llevar a buen término las investigaciones judiciales. Las autoridades indígenas podrán oficiar a los laboratorios especializados de la administración de justicia para que realicen las pruebas técnicas requeridas en ejercicio de una investigación jurisdiccional.

Artículo 18. Del control disciplinario. Las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, en el ejercicio de la facultad jurisdiccional, por desarrollar una función pública, estarán sometidos al control disciplinario por parte del Consejo Superior de la Judicatura.

Artículo 19. De la preparación del anteproyecto del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial. A través del procedimiento legal de la consulta previa, el Consejo Superior de la Judicatura deberá garantizar a los pueblos indígenas la participación de sus autoridades y de sus organizaciones representativas en la preparación del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial, en lo que se refiere a la implementación de la Jurisdicción Especial Indígena.

Artículo 20. Articulación del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial con la jurisdicción especial indígena. En la preparación y adopción del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial a que se refiere el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 270 de 1996, el Consejo Superior de la Judicatura deberá incluir los programas, planes, proyectos y acciones definidos por las autoridades de los pueblos indígenas, para el pleno desarrollo y funcionamiento de la jurisdicción especial indígena.

Artículo 21. Recursos. El Gobierno Nacional destinará los recursos necesarios del presupuesto asignado a la Rama Judicial, para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena, porcentaje que deberá ser incluido en el anteproyecto de presupuesto de la Rama Judicial y en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación.

Artículo 22. Del control fiscal. Sin perjuicio de los sistemas de control propios

de cada pueblo indígena corresponde a la Contraloría General de la República, ejercer el control fiscal de la ejecución de los recursos de que habla el artículo anterior, por parte de las autoridades indígenas. Para éste efecto creará un programa especial de control fiscal.

Artículo 23. Capacitación y divulgación. El Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, desarrollará los programas de capacitación y divulgación con las autoridades del Sistema Judicial Nacional y de la Jurisdicción Especial Indígena para dar a conocer e implementar los mecanismos de coordinación previstos en esta ley.

Artículo 24. Impulso a la jurisdicción especial indígena. La Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, adelantará un programa de atención en los territorios indígenas, con el objetivo de apoyar el respeto de la jurisdicción especial indígena de los pueblos indígenas y de sus miembros.

Artículo 25. Interpretación. Las disposiciones de la presente ley deberán interpretarse en concordancia con las normas especiales sobre pueblos indígenas consagradas en la Constitución Política; los Convenios internacionales que sobre la materia suscriba y ratifique el Estado colombiano, y los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Además, será de obligatoria consulta la Jurisprudencia Constitucional sobre la materia cada vez que un a autoridad del sistema judicial nacional deba tomar una decisión que afecte a un pueblo o ciudadano indígena

Artículo 26. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Exposición de motivos

El objetivo del presente proyecto, es en primera instancia, fortalecer la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, específicamente en lo relacionado con el pluralismo jurídico como expresión de ese reconocimiento y en segunda instancia fortalecer la autonomía jurisdiccional que han tenido y tienen los pueblos indígenas para administrar justicia dentro de su ámbito territorial, como la máxima expresión de respeto del pluralismo constitucional.

Considero que el hecho de que Constitucionalmente se le reconozca a los indígenas de nuestro país, su existencia como pueblos con usos, costumbres, tradiciones y preceptos propios que les son inherentes a su naturaleza, y cosmovisión, ratifica la aceptación de las diferentes formas de vida y de organización social, así como un orden exclusivo y autónomo.

En síntesis, se trata de que las autoridades tradicionales indígenas, de manera autónoma, libre e independiente, resuelvan los conflictos que se susciten en sus comunidades, siguiendo los usos y costumbres, que de antaño los han precedido, en cuanto a las normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República, y estableciendo los puentes necesarios para que las dos jurisdicciones: La indígena y la Nacional, puedan apoyarse y coordinar un verdadero acceso a la justicia a los miembros de estas comunidades.

El presente proyecto de ley estatutaria, tiene como fundamentos jurídicos:

1. El artículo 246 de la Constitución Política

Como se puede ver claramente el Constituyente de 1991 delegó en el legislador la obligación de establecer los mecanismos de coordinación entre las autoridades indígenas y las autoridades del sistema judicial nacional a partir del reconocimiento de la existencia de modelos de jurisdicción que obedecen a concepciones culturales, sociales y económicas diferentes que determinan la orientación y la finalidad de los procedimientos de resolución de conflictos, en todas las áreas de la vida en comunidad.

2. El Convenio 169 de la OIT

Esta obligación de carácter Constitucional, está reforzada por el compromiso adquirido por nuestro Estado, al suscribir el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra 1989, el cual fue ratificado por el honorable Congreso mediante la Ley 21 de 1991, por medio de la cual el Estado reconoció la existencia de múltiples sistemas normativos aplicables dentro del territorio nacional, obligándose a que las autoridades judiciales conozcan y apliquen en sus decisiones normas del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas (artículo 8,9,10 conv169oit).

Sobre el texto del proyecto de ley

El presente proyecto de ley tiene como finalidad establecer las formas de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional, al igual que las relaciones entre estas y las instituciones que cumplan funciones de policía judicial o presten apoyo a la administración de justicia para que las autoridades indígenas puedan ejercer su derecho a la autonomía judicial, en todas las áreas del derecho, consagradas en nuestro ordenamiento constitucional.

El proyecto no pretende reglamentar normas o procedimientos internos de cada pueblo indígena, respetando el derecho a la autonomía judicial de cada uno de los pueblos indígenas y por el contrario como ya se había dicho pretende facilitar la administración de justicia estableciendo formas de coordinación que se analizarán a continuación.

Análisis del articulado

El Capítulo I, artículo 1º, determina el ámbito de aplicación de la ley a las formas de coordinación entre las autoridades indígenas, las autoridades del sistema judicial nacional y las instituciones que ejerzan funciones de policía judicial o presten apoyo a la administración de justicia. No solo se requiere reglamentar las formas de coordinación entre autoridades judiciales, también es necesario establecer la forma de acceder a las instituciones que ejercen funciones de policía judicial dada su importancia para la práctica de pruebas técnicas necesarias para el éxito de las investigaciones.

El Capítulo II, artículo 2º, contiene un catálogo de conceptos y definiciones básicos como: Coordinación jurisdiccional, Jurisdicción, pueblos indígenas, territorios indígenas, autoridades indígenas, sistemas normativos, vinculación sociocultural, autoridades del sistema judicial nacional y de apoyo a la administración de justicia.

Coordinación Jurisdiccional. Son las acciones o actividades de apoyo, y colaboración, en condiciones de igualdad, que se realizan entre las autoridades de los pueblos indígenas y las autoridades del sistema jurisdiccional nacional y las autoridades de apoyo a la administración de justicia, sin menoscabo de la autonomía del pueblo indígena, con el objetivo de hacer efectivo el acceso a la justicia.

Jurisdicción especial indígena. Es la facultad constitucional de las Autoridades

indígenas de administrar justicia en todas las ramas del derecho, en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con los usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial.

El concepto de *territorio* comprende las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no están poseídas en dicha forma, constituyen su hábitat o el ámbito tradicional de sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, así otros grupos étnicos o poblacionales habiten en dicho territorio.

El concepto *pueblos indígenas* comprende tanto la colectividad como los individuos, ambos sujetos de derechos y garantías constitucionales. La protección al individuo es necesaria para la protección de los derechos procesales de los indígenas sometidos a la jurisdicción ordinaria.

El concepto *autoridades indígenas* hace una enumeración no taxativa de algunas autoridades indígenas creadas autónomamente por los pueblos indígenas, que de acuerdo con la evolución social y cultural de cada pueblo ejercen funciones jurisdiccionales tales como los Consejos Regionales, los Consejos Territoriales, que junto a otras de creación legal como los Cabildos y las Asociaciones de Cabildos o Autoridades Tradicionales constituyen autoridades modernas.

Se parte del entendido que los pueblos indígenas conservan autoridades de carácter ancestral como los mamos, mamás, curacas, payos, capitanes, taitas que son sin lugar a dudas las guías de sus pueblos.

La redacción del artículo no limita la creación de nuevas autoridades por parte de los pueblos indígenas.

La definición de las autoridades del sistema judicial nacional se circunscribe a lo preceptuado por la Ley 270 de 1996 "Estatutaria de la Justicia" igualmente la determinación de las autoridades administrativas que ejercen funciones de policía judicial o presten apoyo a la administración de justicia depende de la ley o el reglamento.

El sometimiento voluntario a la jurisdicción especial indígena de los vinculados familiar, social y culturalmente a un pueblo indígena se circunscribe a que mantenga su domicilio en el territorio indígena y comparta lazos familiares, una identificación cultural y acate los usos y costumbres del pueblo al cual se vincula.

Estos casos son comunes especialmente al realizarse matrimonios o uniones maritales con personas ajenas a la comunidad, igualmente con familias asentadas en el territorio indígena que se articulan a la vida social y cultural.

El Capítulo III, artículos 3° al 10, instituye los principios o criterios interpretativos de la ley de coordinación.

El pluralismo jurídico, entendido como la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes igualmente aplicables dentro del territorio nacional es un criterio interpretativo necesario para el desarrollo y protección de la diversidad étnica ya que le otorga a la autonomía judicial de los pueblos indígenas un estatus jurídico de rango constitucional.

La autonomía judicial, entendida como el derecho de los pueblos indígenas a gobernarse por autoridades propias, crear sus normas, procedimientos y sanciones al igual que la facultad de crear, modificar o suprimir sus instituciones de gobierno así mismo como la independencia de las autoridades al momento de tomar las decisiones es un principio que orienta la interpretación y la aplicación de la norma.

Se establece el respeto al debido proceso establecido por los pueblos indígenas para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales atendiendo a la previsibilidad de las normas consuetudinarias de carácter oral.

Se garantiza el acceso a la justicia a todos los ciudadanos indígenas, en aquellos casos en que las autoridades indígenas renuncien a la jurisdicción por grave alteración del orden público o social, grave conflicto de intereses o fuerza mayor se remitirá el caso a las autoridades judiciales ordinarias, Igualmente podrán solicitar en materia penal que la Fiscalía General de la Nación adelante la parte investigativa del proceso.

El idioma oficial será el del respectivo pueblo indígena sin desmedro de los derechos de los individuos a tener un traductor en caso de no hablarlo.

El respeto a la diversidad étnica y cultural debe ser un fin de la ley que debe ser realizado por cada funcionario que cumpla funciones judiciales o de policía judicial o preste apoyo a la administración de justicia.

El principio de reciprocidad, se entiende como la actitud de reconocer al otro lo que este concedió autónomamente.

Las autoridades indígenas como las del sistema judicial nacional deben acoger este principio en sus relaciones para cumplir con el objetivo de administrar adecuadamente la justicia.

El principio de cosa juzgada debe aplicarse para el caso de las decisiones de las autoridades indígenas que surtan efectos fuera del ámbito territorial tradicional para evitar injusticias, sin desmedro que se puedan revisar las decisiones autónomamente por cada pueblo.

El Capítulo IV, artículos 11 y 12. Se establece la competencia de las autoridades indígenas, primero en relación con la temática que abarca asuntos de cualquier naturaleza o materia, y no simplemente la materia penal, como equivocadamente creen muchos, ya que el constituyente dio esta autonomía.

Basados en los principios de fuero personal y territorial, el primero conjuga las dos acciones dentro de sus territorios, entre indígenas y entre estos y sus instituciones creadas para el ejercicio de sus derechos, como los resguardos, cabildos, asociaciones de cabildos, asociaciones de autoridades tradicionales, entidades de salud, núcleos educativos, cooperativas y las demás que existan o llegaren a existir.

Lo anterior debido a la movilidad de los pueblos, estos han tenido que ir También conocerán de los asuntos de cualquier naturaleza o materia sucedidos dentro de sus territorios, entre indígenas y otros nacionales vinculados familiar, social y culturalmente a la comunidad, lo anterior teniendo en cuenta el factor personal, o cuando se suscitan problemas entre miembros de un mismo pueblo, por fuera del territorio, por cuanto el factor personal prima sobre el territorial, como ya se explicó en la presentación de las sentencias.

Por último conocerán de los asuntos de cualquier naturaleza o materia cometidos por indígenas que se encuentren de manera transitoria fuera de sus territorios, en aplicación también del factor personal.

La respectiva autoridad indígena deberá manifestar esta circunstancia al suscitar el conflicto de competencia. Muchos indígenas salen de sus territorios por períodos de tiempo cortos, mientras cumplen tareas específicas como el caso de los estudiantes indígenas de la Universidad Nacional, los Directivos de la Organización Nacional Indígena de Colombia, ONIC, etc.

En cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, se establece el deber de conocer y aplicar normas consuetudinarias indígenas al momento de fallar un caso para las autoridades judiciales nacionales.

También, se impone el deber de conocer y aplicar las reglas de parentesco y prácticas económicas cuando se trate de fallar casos en que se afecte la integridad familiar o se reconozcan derechos de alimentos. No debe olvidarse que existen muchos modelos de organización social y familiar, que no todas las culturas tienen estructuras de parentesco patrilineal sino que existen culturas matriarcales, se hace en consecuencia necesario que los jueces conozcan estos factores y tomen sus decisiones respetando la integridad étnica y cultural de los pueblos y los individuos.

Los conflictos de competencia entre autoridades indígenas deben resolverse por las instituciones existentes o las que se creen por los pueblos indígenas de manera autónoma e independiente. Los conflictos de competencia entre autoridades indígenas y las autoridades del sistema judicial nacional los dirimirá el Consejo Superior de la Judicatura aplicando los principios y criterios definidos en la presente ley y la jurisprudencia constitucional.

El Capítulo V, artículos 13 al 18: Disposiciones varias.

Artículo 13. Las formalidades de las actuaciones de las autoridades indígenas se determinarán por los usos, costumbres, normas y procedimientos de cada pueblo indígena.

Cuando una decisión de las Autoridades indígenas surta efectos fuera del ámbito territorial, éstas deberán expedir la correspondiente certificación, para que las autoridades judiciales y administrativas las respeten, acojan e inscriba en los casos necesarios.

Artículo 14. Establece que las autoridades del sistema jurídico nacional y las autoridades de apoyo a la administración de justicia, deberán realizar con la participación de los pueblos indígenas, dentro de los seis meses siguientes a la expedición de esta ley, un reglamento general para la coordinación de las actividades propias de cada entidad, entre sus dirigentes y las autoridades de dichos pueblos, el cual deberá ser publicado y divulgado. En todos los casos se establecerá una salvedad en torno a la necesidad de tener presente en cada caso, las particularidades propias de cada pueblo indígena.

Artículo 15. Establece la facultad de las autoridades indígenas de suscribir convenios con el INPEC o quien haga sus veces para acceder a los servicios de los centros de reclusión administrados por este.

También faculta a las autoridades indígenas para solicitar a aquellos indígenas condenados por la justicia penal, que cumplan las condiciones señaladas por la ley a redimir su pena realizando trabajos comunitarios dentro de la comunidad. Se reitera la necesidad de construir centros especiales dentro de los centros penitenciarios para que cumplan allí sus penas los condenados indígenas.

Artículo 16. Establece que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, debe prestar la asesoría necesaria para la prevención de las conductas que afecten la integridad familiar y los derechos del menor y la rehabilitación de los menores indígenas que cometan conductas punibles propendiendo a su readaptación social y cultural, y su reinserción al ámbito territorial.

Artículo 17. Faculta la práctica e intercambio de pruebas así como la prestación de los servicios técnicos especializados para el éxito de las investigaciones.

	<p>Artículo 18. Somete a las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, en el ejercicio de la facultad jurisdiccional, al control disciplinario por parte del Consejo Superior de la Judicatura.</p> <p>El Capítulo VI, artículos 19 a 23. En los artículos 19 y 20 establece la preparación del plan de Desarrollo de la Rama Judicial, incluyendo los programas, planes, proyectos y acciones definidos por las autoridades de los pueblos indígenas, para el pleno desarrollo y funcionamiento de la jurisdicción especial indígena, para lo cual se deberá consultar a los pueblos indígenas.</p> <p>El artículo 21 establece que el Gobierno Nacional destinará recursos del presupuesto de la Rama Judicial del Poder Público para la implementación y fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena, porcentaje que deberá ser incluido en el anteproyecto de presupuesto de la Rama Judicial y en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación.</p> <p>El artículo 22 asigna el control fiscal de los recursos destinados para la implementación de la jurisdicción especial indígena a la Contraloría General de la República, sin desmedro de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, para lo cual creará un programa especial de control fiscal.</p> <p>El artículo 23 establece que el Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" en coordinación con las autoridades indígenas desarrollará los programas de capacitación necesarios para que la presente ley sea conocida por los pueblos indígenas.</p> <p>El artículo 24 establece que la Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, adelantará un programa de atención en los territorios indígenas, con el objetivo de apoyar el respeto de la jurisdicción especial indígena de los pueblos indígenas y de sus miembros, acción que ya viene desarrollando y que se considera es de importancia, en el inicio, fortalecimiento y sobre todo para la aplicación de esta nueva ley.</p> <p>El artículo 25 establece los criterios de interpretación de la presente ley dando prevalencia a los Convenios internacionales que sobre la materia suscriban y ratifiquen el Estado colombiano, la Constitución Política, la Jurisprudencia Constitucional y los usos y costumbres de los indígenas.</p> <p>El artículo 26. Por último se condiciona la vigencia de la ley a su promulgación. En las anteriores legislaturas, el proyecto tuvo varios inconvenientes que por cuestiones de tiempo no se alcanzara a culminar su trámite. Por ello en esta oportunidad, se tuvieron en cuenta los comentarios realizados por varios colegas y por las instituciones nacionales, la Defensoría del Pueblo, el Consejo Superior de la Judicatura, esperando esta vez el proyecto logre culminar su curso dentro del actual periodo legislativo.</p> <p>Por último, quiero manifestar mis agradecimientos a las instituciones públicas y privadas que han colaborado con sus comentarios a la realización del presente proyecto.</p> <p><i>(Documento 25)</i></p>
<p>Ponencia para primer debate al proyecto de ley estatutaria No 35 de</p>	<p>Por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones.</p> <p>Propósito y contenido del proyecto de ley El autor sustenta la iniciativa legislativa como una manera de aportar al desarrollo legal de la Constitución en lo relacionado con la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana expresada concretamente en el reconocimiento</p>

<p>2003, Senado</p> <p>Publicada en la Gaceta del Congreso No 633 de 2003.</p> <p>Ponente: Senador Carlos Gaviria Díaz</p>	<p>del pluralismo jurídico. De esta manera, el proyecto está encaminado a establecer los parámetros necesarios para la coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional según lo consagrado por el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia.</p> <p>El proyecto de ley contiene seis capítulos que regulan el ámbito de aplicación de la ley; las competencias y las formas de coordinación entre las autoridades indígenas; el catálogo de conceptos y definiciones básicas; los principios o criterios interpretativos así como una serie de disposiciones generales.</p> <p>Fundamentos constitucionales y legales del proyecto</p> <p>El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida.</p> <p>En este orden de ideas, el presente proyecto de ley estatutaria parte de la base de un reconocimiento a la diversidad existente dentro del territorio colombiano. De esta forma, busca promover la descentralización y autonomía de las autoridades indígenas con el fin de que éstas tengan la capacidad de dirigir la vida de sus semejantes en concordancia con las particularidades que las caracterizan. Así mismo, la propuesta tiende a favorecer una idea de libertad y autonomía de las comunidades, materializando más efectivamente el principio de igualdad, asegurando que el proceso de administración de justicia no pase por encima de las particularidades de cada comunidad, protegiendo así de una mejor manera los derechos individuales de los ciudadanos.</p> <p>Específicamente, el proyecto tiene los siguientes fundamentos constitucionales y legales: los artículos 1º, 2º, 4º, 7º, 10º, 13º, 29º, 70º, 92º, 116º y 246 de la Constitución Política de Colombia, el Convenio Internacional 169 de la O.I.T., la Ley 21 de 1991 y la Ley 270 de 1996, orgánica de la administración de justicia.</p> <p>Aspectos puntuales de la iniciativa. Modificaciones</p> <p>El siguiente es un resumen de las modificaciones que nos permitimos proponer. En este orden de ideas, se presentan los artículos específicos en los cuales se propone un cambio y no se hace referencia a las partes que no se modifican.</p> <p>Capítulo I En el artículo 1 se cambia el título del artículo de “ámbito de aplicación” a “objetivo”, pues se considera que está en mayor concordancia con el contenido del mismo. Así mismo, se reemplaza la parte final por una enunciación más general y abstracta, pues consideramos que no es conveniente que la ley sea taxativa y entre a establecer todas las competencias de la jurisdicción.</p> <p>Capítulo II De los conceptos y las definiciones</p> <p>En el artículo 2º se proponen varias modificaciones, que se resumirán en el orden en el que aparecen.</p> <p>Jurisdicción Especial Indígena: Se cambia la titularidad de la facultad constitucional de las autoridades indígenas a los pueblos indígenas, de una forma similar a como la soberanía no reside en el Estado sino en el pueblo. Se</p>
--	--

elimina la parte que hace referencia a las ramas del Derecho pues no necesariamente existe un concepto equivalente dentro de todas las cosmovisiones que la ley busca proteger. Por esta razón también se excluye la parte final del artículo original respecto a la “legislación especial vigente”. Adicionalmente, se elimina la palabra “ancestrales” pues se entiende que los usos y procedimientos de las comunidades indígenas son dinámicos y pueden cambiar en cualquier momento, perdiendo así legitimidad los usos “ancestrales” respecto a unos más contemporáneos, acordes con la realidad social de la comunidad.

Pueblos indígenas: Se elimina la posibilidad de calificar a un individuo o a una “parcialidad” (de difícil definición) como pueblo indígena, pues se considera que hace difícil su aplicación en la práctica. Así mismo, se hace referencia a tres elementos constitutivos de los pueblos indígenas: una comunidad de origen, de creencias y valores; un sentimiento de identidad subjetivo, que se desarrolla dentro de lo que se considera el ámbito privado (que finalmente es el fundamento de la relación entre libertad y cultura, razón principal para la protección de la diversidad cultural dentro de un Estado liberal) y un conjunto de instituciones sociales que regulan el comportamiento de los miembros de la comunidad o del grupo dentro del ámbito público.

Indígena: Se incluye la definición de indígena dentro del proyecto, debido a que consideramos que el sentimiento de identidad subjetivo es un lazo que une fuertemente al individuo con lo que se ha llamado en la teoría multicultural la “cultura societal”. Por lo tanto, no se debía limitar la consideración de pertenencia a una cultura a tener el domicilio dentro de su ámbito territorial.

Autoridades de los pueblos indígenas: Se eliminaron los ejemplos y la referencia a los reglamentos de convivencia y a la legislación indígena con el fin de evitar enumeraciones que pueden homogenizar los diferentes tipos de autoridades indígenas.

Indígena por adopción: En el artículo original, la descripción del indígena por adopción no diferenciaba claramente al sujeto con el indígena por vinculación “natural”. Así mismo, la redacción del artículo condicionaba la pertenencia de un individuo a la comunidad a tres supuestos: la filiación y la pertenencia y la identificación cultural. En este sentido, aquél que se identificara con la cultura y quisiera pertenecer a la misma, sometiéndose voluntariamente a sus usos y costumbres, si no tenía lazos de filiación no era considerado indígena. Por lo tanto, y para reconocer adecuadamente que el individuo es libre de elegir la cultura societal que informa sus acciones, el proyecto de modificación reemplaza el conector “y” por el conector “o” en este artículo.

Autoridades del sistema jurídico nacional. Se exceptúan las autoridades indígenas pues aunque estas aparecen en las leyes referidas, precisamente el objetivo de la ley es excluirlas de su pertenencia al sistema jurídico nacional.

Autoridades de los pueblos indígenas. Dado que no necesariamente existe un concepto equivalente dentro de todas las cosmovisiones que la ley busca proteger se excluye la parte del artículo original respecto a la “legislación especial”. Así mismo, se eliminan las referencias a las autoridades indígenas reconocidas actualmente como voceros de sus intereses ante el Estado, pues se considera que esto limita su libertad de escoger quienes deben regir sus destinos. En consecuencia, la parte final del artículo original se reemplaza por una enunciación de un parámetro más breve sobre el tipo de autoridad que será reconocida por el Estado mayoritaria como relevante para el análisis legal del articulado que se estudia.

Artículo 4. Autonomía judicial: Se elimina la parte del artículo que hace referencia a las funciones administrativas de las autoridades indígenas pues esto no diferencia entre autoridades jurisdiccionales y políticas, y la ley sólo hace referencia a la facultad de administrar justicia. Dado que la jurisprudencia constitucional en nuestro sistema jurídico sólo tiene el valor de criterio auxiliar, no de fuente de Derecho, la modificación del proyecto propone integrar los principios básicos que creó la Corte respecto al problema de la jurisdicción indígena, con el fin de que sus argumentos, de gran valor para el problema de la interpretación de la diversidad cultural en Colombia, tenga fuerza de ley.

Así, se incluyen el principio de maximización de autonomía y minimización de la intervención del Estado en la administración de justicia por parte de las autoridades indígenas. De la misma forma, se reconoce la validez de sus procedimientos en esta materia. Se limita sin embargo su autonomía, en concordancia con el proyecto original. Sin embargo, este límite no se formula de manera abstracta como en el proyecto original, sino que se materializa en el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y el debido proceso.

Artículo 5. Debido proceso: Dado que el límite del debido proceso no es tan fácil de identificar como el derecho a la vida o la prohibición de la tortura, la ley define el debido proceso de una forma mucho más general que su formulación habitual, con el fin de abarcar en la medida de lo posible la mayor cantidad de usos y procedimientos que en todo caso respeten la dignidad humana.

Artículo 6. Acceso a la justicia. Este artículo busca garantizar que la existencia de una jurisdicción especial indígena no implique el desconocimiento del derecho fundamental de todo ciudadano a acceder a la justicia. Sin embargo, el artículo del proyecto original no garantizaba de una manera adecuada el acceso a la justicia de los nacionales que no pertenecen a la cultura y que sin embargo entran en contacto con sus autoridades, por esta razón se sugiere este cambio en el artículo.

Artículo 7. Respeto a la diversidad y particularidades lingüísticas. Se cambió el título del artículo para ampliar su cobertura. En este sentido, se reconoce el nexo existente entre la cosmovisión particular y su expresión a través del lenguaje. Por lo tanto, al garantizar la posibilidad de que cada individuo, pueda expresarse en el idioma con el cual se identifica culturalmente. Se amplía el articulado con el fin de dar más claridad a la forma en la cual debe procederse para garantizar este derecho lingüístico.

Artículo 8. Respeto a la Diversidad Étnica y Cultural: Se cambia la parte final del artículo pues se reconoce que es posible que se de internamente un desarrollo legal tendiente a proteger la diversidad cultural, y el artículo original parecía sujetar este desarrollo a los Tratados Internacionales sobre la materia.

Artículo 9. Reciprocidad: El artículo del proyecto original enunciaba el principio de reciprocidad pero no lo aplicaba. Por esta razón, se amplió su contenido para que las se aplique, por mandato legal, tanto al sistema jurídico nacional como a las autoridades indígenas. De esta manera de da una aplicación más completa y efectiva a este principio.

Artículo 10. Efectos de las decisiones judiciales. Se cambia la “cosa

juzgada” por “efectos de las decisiones judiciales” para proteger de una manera más adecuada al individuo sujeto de una decisión de ser juzgado dos veces por un mismo hecho. Se elimina el párrafo del artículo original pues se considera que no hace parte del objeto de esta ley regular las sanciones aplicables a las autoridades indígenas.

Artículo 11. Reglas de Competencia. Como factor determinante para la competencia de la jurisdicción indígena, el proyecto original contemplaba tanto el factor subjetivo (personal) como el factor territorial. Dado que el artículo 246 constitucional no contempla la posibilidad de que las autoridades indígenas administren justicia por fuera de sus territorios, se excluye el factor subjetivo y se deja exclusivamente el factor territorial. A partir de las reglas que se enuncian se busca aclarar las reglas aplicables y garantizar que los individuos que se encuentran en el umbral de las jurisdicciones no se aprovechen de esta situación para su propio beneficio.

Artículo 12. Conflictos de Competencia: Se modifica este artículo pues se considera es necesario dar una respuesta a la situación posible de que las autoridades indígenas no lleguen a un acuerdo respecto a la competencia del juzgamiento de un delito. Por lo tanto, y sólo de manera subsidiaria, se le adjudica esta facultad al Consejo Superior de la Judicatura.

Disposiciones Varias

Artículo 13. Formalidades. Se suprime toda la parte final del artículo original y se hace una enunciación menos rígida de la forma en la cual deben cumplir las formalidades propias de la sociedad mayoritaria las decisiones de las autoridades indígenas.

También se suprime el párrafo que exige a las autoridades indígenas, para efectuar las formalidades antes reseñadas, probar su personería jurídica. Esto resulta problemático frente a la diversidad de los usos y costumbres que la ley busca proteger.

Artículo 14. Convenios. Se suprime la parte final del artículo original porque la Corte consideró inconstitucional^{16[4]} la posibilidad de entregar en custodia a miembros de las comunidades indígenas juzgados por las autoridades nacionales.

Artículo 15º. Redención de penas.

Artículo 16º Menores indígenas

Artículo 17º Autoridades de paz

Artículo 19º Control disciplinario.

Estos artículos del proyecto original se eliminan. El 15 debido a que la Corte Constitucional en su sentencia C-370 del 2002 estableció que la reintegración del individuo a su medio sociocultural era una pena inconstitucional, el 16 porque su aplicación podría llevar a una rehabilitación que no respetara las particularidades de los menores indígenas, el 17 porque esta ley no tiene por objeto regular las funciones administrativas de las autoridades indígenas, y finalmente el 19 porque tampoco tiene por objeto el control disciplinario de sus actuaciones.

Artículo 16. Práctica de pruebas. Se cambia el título eliminando la palabra

<p>Pliego de modificaciones al proyecto de ley No 35 de 2003, Senado</p>	<p>“intercambio” porque se entiende que éste está contenido en el principio de reciprocidad. Por lo tanto, se hace referencia a la necesidad de que el juez nacional tenga en cuenta la cosmovisión particular que informa las actuaciones de quien está bajo su jurisdicción, con el fin de no atentar contra su integridad cultural.</p> <p>Del Plan de Desarrollo de la Rama Jurisdiccional</p> <p>Artículo 22. Interpretación. Dado que el artículo 26 sólo permite elevar el nivel de la jurisprudencia constitucional al rango de criterio auxiliar de interpretación, se modifica este artículo para que la ley no sea objeto de una demanda de inconstitucionalidad.</p> <p>Artículo 24. Transitorio. Se incluye la titulación de transitorio al segundo párrafo del artículo 23 que establece: En virtud de su vigencia, las Autoridades Judiciales Nacionales, previa solicitud de las autoridades de los pueblos indígenas, deberán remitir a la respectiva autoridad indígena, los procesos que estuvieren adelantando y que conforme a esta ley son competencia de la jurisdicción indígena. En caso de duda se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 12 de la presente ley.</p> <p>Proposición Dése primer debate al Proyecto de ley número 35 de 2003 Senado, por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones, con el pliego de modificaciones adjunto.</p> <p>Ámbito de Aplicación</p> <p>Artículo 1. Objetivo: La presente ley busca establecer formas de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional y dictan otras disposiciones en relación con las funciones de las autoridades de las comunidades indígenas.</p> <p>De los conceptos y las definiciones</p> <p>Artículo 2. Para los efectos de la presente ley, se establecen las siguientes definiciones: Jurisdicción Especial indígena: Es la facultad constitucional de las autoridades de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial, de administrar justicia en forma autónoma, integral e independiente de acuerdo con sus usos y costumbres ancestrales así como sus propias normas y procedimientos, dentro de los límites que la Constitución colombiana, en su carácter de pluriétnica y multicultural, establece. Pueblos indígenas: Se entiende por pueblos indígenas, los grupos o comunidades descendientes de los pobladores originarios de América, que tengan conciencia de su identidad étnica y cultural y que conservan en todo o en parte sus propias creencias espirituales, instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, así como formas de gobierno, control social y sistemas normativos propios. Indígena: Se consideran indígenas los miembros de los pueblos indígenas, independientemente de si tienen su domicilio en un determinado territorio indígena. Territorios indígenas. Se entiende por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por un pueblo indígena y aquellas que, aunque no están poseídas en dicha forma, constituyen su hábitat o el ámbito tradicional</p>
--	--

de sus actividades sagradas o espirituales, sociales, económicas y culturales, así otros grupos étnicos o poblacionales habiten en dicho territorio.

Autoridades de los pueblos indígenas: Son las personas o instituciones reconocidas por el respectivo pueblo indígena como las autoridades legítimas que administran y ejercen justicia en los territorios indígenas de conformidad con sus usos, costumbres, normas y procedimientos y que ejercen la función pública de administrar justicia.

Indígena por adopción: Para efectos de determinar la competencia se considera que un ciudadano es indígena por adopción cuando, además de establecer su domicilio en el territorio indígena respectivo, mantiene relaciones de filiación, pertenencia e identificación cultural con un pueblo indígena, sometiéndose voluntariamente a los usos y costumbres de la respectiva comunidad y cuenta con la aceptación expresa de las autoridades de los pueblos indígenas.

Autoridades del sistema jurídico nacional. Para efectos de la presente ley se consideran autoridades del Sistema Jurídico nacional, a excepción de las autoridades indígenas, las definidas en los artículos 11, 12, 13 de la ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, o las que determine el legislador.

Autoridades de los pueblos indígenas. Son las personas o instituciones reconocidas por el respectivo pueblo indígena como las autoridades legítimas que administran y ejercen justicia en los territorios indígenas de conformidad con sus usos, costumbres, normas, procedimientos, y reglamentos de convivencia.

Para efectos de la presente ley, las instituciones que autónomamente creen los pueblos indígenas son las instancias legítimas encargadas constitucionales, legal y consuetudinariamente de administrar justicia al interior de sus territorios.

Principios Generales

Artículo 3. Pluralismo jurídico. El Estado reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de los pueblos indígenas, de conformidad con el principio constitucional de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.

Artículo 4. Autonomía judicial: Las Autoridades de los pueblos indígenas, en desarrollo de las normas constitucionales, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus usos, costumbres, normas y procedimientos.

No obstante el reconocimiento de un máximo de autonomía, en ningún caso se podrá violar el derecho a la vida, la prohibición de esclavitud y de tortura, ni el debido proceso.

Artículo 5. Debido proceso: La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos de la comunidad indígena, constituyen el debido proceso.

Artículo 6. Acceso a la justicia. El Estado a través de las Autoridades e Instituciones de los pueblos indígenas y del sistema judicial nacional garantizará el acceso a la justicia a todos sus miembros y de aquéllos que no siendo indígenas lo sean por adopción en los términos de esta ley.

Artículo 7. Respeto a la diversidad y particularidades lingüísticas. En todo

proceso en que haga parte un indígena, las autoridades del sistema judicial nacional deberán garantizar la presencia de traductores, siempre que se requiera.

Los procesos que se adelanten por autoridades indígenas, se surtirán preferiblemente en el idioma oficial del pueblo respectivo; si alguna de las partes no pertenece al pueblo indígena que lo juzga, o no tuviere la condición de indígena, se deberá garantizar la presencia de traductores.

La designación de los traductores procederá de oficio, a petición de parte, o de la autoridad del pueblo indígena al que pertenezca el interesado.

Para los efectos de la presente Ley, al iniciar cualquier actuación judicial o administrativa, el funcionario tiene la obligación de establecer si alguna de las partes o interesados tiene la calidad de indígena de conformidad con las definiciones establecidas en la presente ley, de comunicar a la autoridad indígena respectiva para que se adopten las decisiones a que haya lugar.

Artículo 8. Respeto a la Diversidad Étnica y Cultural: La coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena propenderá por la protección y fortalecimiento de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas dentro de los límites establecidos por la Constitución Política y las leyes.

Artículo 9. Reciprocidad: Con el objeto de facilitar la aplicación de las disposiciones contenidas en la presente ley, las autoridades civiles, militares, judiciales y administrativas, están en la obligación de prestar todo el apoyo requerido por las autoridades de los pueblos indígenas, en igualdad de las condiciones en que lo prestan a las Autoridades del Sistema Judicial Nacional. De igual manera, las autoridades de los pueblos indígenas prestarán toda la colaboración requerida por las Autoridades del Sistema Judicial Nacional en la medida de las posibilidades de cada pueblo, siempre y cuando no se vulnere su integridad cultural y su autonomía.

Artículo 10. Efectos de las decisiones judiciales. Las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas tendrán los efectos jurídicos que los usos y costumbres ancestrales y los sistemas normativos de los pueblos indígenas prevean.

Las autoridades indígenas, a petición de parte, de las Autoridades del Sistema Judicial Nacional o del Ministerio Público, comunicarán al funcionario competente del Sistema Judicial Nacional las decisiones adoptadas en el ejercicio de su función jurisdiccional, para evitar la violación del principio “non bis in idem”. Igual proceder deberán observar las Autoridades del Sistema Judicial Nacional en las mismas circunstancias.

Las decisiones de los jueces ordinarios en las que se involucre un indígena, tendrán los efectos señalados en el Sistema Judicial Nacional y hacen tránsito a cosa juzgada.

Artículo 11. Reglas de Competencia. Las siguientes serán las reglas mediante las cuales se coordinarán las competencias entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional.

1. Factores Generales que determinan la competencia de las autoridades indígenas. Las autoridades indígenas serán competentes cuando concurren los siguientes factores: la existencia de la autoridad indígena que reclame el

conocimiento del asunto, la cual debe estar legalmente reconocida; la pertenencia o vinculación por adopción a un pueblo indígena de la persona a quien se le imputa un hecho o que tenga interés en el asunto objeto de la actuación judicial y que la conducta se haya realizado dentro del territorio indígena.

2. Criterios para determinar la competencia. Las autoridades indígenas conocerán de los asuntos de cualquier naturaleza o materia sucedidos dentro de sus territorios entre indígenas y entre éstos y sus instituciones.

Igualmente conocerán de los asuntos de cualquier naturaleza o materia sucedidos dentro de su territorio, entre indígenas y otros nacionales vinculados por adopción en los términos de esta ley.

También conocerán de los casos suscitados entre indígenas por fuera de su ámbito territorial. En estos casos las Autoridades del Sistema Judicial Nacional notificarán a la Autoridad Indígena correspondiente para que ésta decida si asume o no el caso. La respuesta de la Autoridad Indígena podrá ser escrita o verbal, en este último caso el secretario del Despacho correspondiente dejará constancia escrita, la cual será firmada por la Autoridad del pueblo indígena correspondiente o su representante o a ruego, en caso de no saber firmar.

3. Reglas especiales. Se aplicarán las siguientes reglas especiales cuando las partes involucradas sean indígenas y no indígenas.

a. Cuando un indígena cometa un ilícito contra un no indígena por fuera del territorio indígena, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso. En este evento, el juez debe determinar si el sujeto actuó con error invencible o si, conforme al artículo 33 del Código Penal, su conducta no es culpable en razón de una diferencia socio-cultural. Para ello, el juez deberá apoyarse en la ayuda de psicólogos, antropólogos y sociólogos.

b. Cuando un no indígena cometa una falta contra un indígena, dentro del territorio indígena, y:

1. La falta no esté contemplada en el ordenamiento nacional, el Juez deberá analizar si se incurrió en error de derecho o si el sujeto no es culpable, en razón de una diferencia socio-cultural.

2. Si la falta está contemplada en el ordenamiento nacional, pero no en la jurisdicción indígena, conocerá la Autoridad Judicial Nacional.

3. Si la falta está contemplada en ambos ordenamientos prevalecerá el factor territorial, es decir, se dará primacía a la jurisdicción indígena para que conozca de la conducta.

c. Cuando un no indígena comete una falta contra un indígena, por fuera del territorio indígena, conocerá de ella la autoridad de la jurisdicción nacional.

Parágrafo. Las autoridades de los pueblos indígenas en ejercicio de su jurisdicción tendrán la facultad de remitir a la jurisdicción nacional los casos, que, por razones de protección a la integridad étnica o cultural, no acatamiento de la decisión, grave alteración del orden público o social, grave conflicto de intereses o fuerza mayor, consideren que deben ser resueltos por el Sistema Jurídico Nacional. Esta decisión no será considerada denegación de justicia.

Artículo 12. Conflictos de Competencia: Los conflictos de competencia que se susciten serán resueltos de la siguiente manera:

1. Los conflictos entre autoridades indígenas de diferentes comunidades serán resueltos por lo que al respecto convengan las autoridades de las comunidades a las que pertenezcan las partes en conflicto.

2. Los conflictos de competencia entre autoridades de los pueblos indígenas y autoridades del Sistema Judicial Nacional serán resueltos por la sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura.

En caso de duda el conflicto se resolverá a favor de la jurisdicción indígena, teniendo en cuenta las particularidades culturales del respectivo pueblo.

Artículo 13. Formalidades. Las formalidades de las actuaciones de las autoridades indígenas se determinarán por los usos, costumbres, normas y procedimientos de cada pueblo indígena.

Cuando una decisión de las autoridades indígenas surta efectos fuera del ámbito territorial y la ley exija inscripción o registro de los actos o hechos sobre los cuales recaiga la decisión de la autoridad indígena, ésta por medio de quien sea competente para ello, comunicará su decisión al funcionario responsable del registro, para que lo haga e informe del hecho con especificación de la fecha, libro, número del folio y demás datos necesarios para constatar el hecho del registro.

Artículo 14. Convenios. Las autoridades indígenas podrán suscribir convenios con el Instituto Nacional Penitenciario, Inpec, o quien haga sus veces, con objeto de la prestación del servicio de reclusión en las penitenciarías administradas por esta institución y para el caso de la entrega en custodia de los miembros de pueblos indígenas.

Artículo 15. Redención de penas. Previa solicitud de las autoridades indígenas, los indígenas condenados por la jurisdicción penal podrán ser entregados en custodia a su respectiva comunidad para desarrollar trabajos comunitarios dentro del territorio indígena a efectos de redimir la pena en los términos previstos en la Ley 65 de 1993. El Director del respectivo centro penitenciario o carcelario, acordará con la autoridad indígena las condiciones de la prestación del servicio y vigilancia para el desarrollo de tales actividades.

Los indígenas beneficiados con esta medida podrán permanecer en el territorio indígena, con el compromiso de presentarse cuando sean requeridos por la Autoridad Penitenciaria o Carcelaria.

De no ser enviados a la comunidad indígena respectiva, los indígenas condenados por la jurisdicción penal deberán ser recluidos en el centro penitenciario o carcelario más cercano a su territorio y, en consecuencia, no podrán ser trasladados a centros penitenciarios que generen total aislamiento de su ámbito familiar y cultural.

De ser posible, la reclusión se hará en centros especiales, con el fin de lograr la readaptación del indígena, mediante mecanismos de trabajo y educación adecuados para preservar al máximo la cultura, costumbres, idiomas, lazos familiares y formas tradicionales de autoridad.

Artículo 16. Práctica e intercambio de pruebas. En todo proceso en que hagan parte indígenas la autoridad del Sistema Judicial Nacional deberá solicitar peritajes o conceptos a las Autoridades Indígenas correspondientes, sobre los usos, costumbres, sistema normativo de regulación y control social particular, con el fin de que sean tomados en consideración en la decisión del caso concreto.

Del Plan de Desarrollo de la Rama Jurisdiccional

Artículo 17. De la preparación del anteproyecto del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial. A través del procedimiento legal de la consulta previa, el Consejo Superior de la Judicatura deberá garantizar a los pueblos indígenas la participación de sus autoridades y de sus organizaciones representativas en la preparación del plan de Desarrollo de la Rama Judicial, en lo que se refiere a la implementación de la Jurisdicción Especial Indígena.

Artículo 18. Articulación del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial con la Jurisdicción Especial Indígena. En la preparación y adopción del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial a que se refiere el numeral 2 del artículo 79 de la Ley 270 de 1996, el Consejo Superior de la Judicatura deberá incluir los programas, planes, proyectos y acciones definidos por las autoridades de los pueblos indígenas, para el pleno desarrollo y funcionamiento de la jurisdicción especial indígena.

Artículo 19. Recursos. El Gobierno Nacional destinará los recursos necesarios del presupuesto asignado a la Rama Judicial, para el desarrollo de la jurisdicción especial indígena, porcentaje que deberá ser incluido en el anteproyecto de presupuesto de la Rama Judicial y en el Proyecto de Presupuesto General de la Nación.

Artículo 20. Del control fiscal. Sin perjuicio de los sistemas de control propios de cada pueblo indígena corresponde a la Contraloría General de la República, ejercer el control fiscal de la ejecución de los recursos de que habla el artículo anterior, por parte de las autoridades indígenas. Para este efecto creará un programa especial de control fiscal.

Artículo 21. Capacitación y divulgación. El Consejo Superior de la Judicatura a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en coordinación con la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, desarrollará los programas de capacitación y divulgación con las autoridades del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena para dar a conocer e implementar los mecanismos de coordinación previstos en esta ley.

Artículo 22. Interpretación. Las disposiciones de la presente ley deberán interpretarse en concordancia con las normas especiales sobre pueblos indígenas consagradas en la Constitución Política, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, los convenios internacionales que sobre la materia suscriba y ratifique el Estado colombiano y los usos y costumbres de los pueblos indígenas.

Artículo 23. Vigencia. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Artículo 24. Transitorio. En virtud de su vigencia, las Autoridades Judiciales Nacionales, previa solicitud de las autoridades de los pueblos indígenas, deberán remitir a la respectiva autoridad indígena, los procesos que estuvieren adelantando y que conforme a esta ley son competencia de la jurisdicción indígena. En caso de duda se deberá atender a lo dispuesto en el artículo 12 de la presente ley.

(Documento 26)

<p>Proyecto de acto legislativo No. 047 del 31 de julio de 2003 Cámara</p> <p>Publicado en la Gaceta del Congreso No. 379 de 2003</p>	<p>Por el cual se adiciona el artículo 339 de la Constitución Política.</p> <p>Artículo 1. Adiciónese el artículo 339 de la Constitución Política con el siguiente texto:</p> <p>Los pueblos indígenas y grupos étnicos, podrán elaborar y adoptar dentro de su ámbito territorial, previa concertación comunitaria interna, planes de desarrollo o de vida o modelos de economía, acordes con sus usos, costumbres y valores culturales propios, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República y que estén orientados preferencialmente a su reconstrucción y desarrollo económico, social, cultural y ambiental.</p> <p>Autores: H.Rs Lorenzo Almendra Velasco, Carlos Germán Navas Talero, Wilson Alfonso Borja Díaz, Gustavo Petro Urrego, Hugo Ernesto Zárrate Osorio, Pedro José Arenas García, Venus Albeiro Silva Gómez, Wellington Ortiz Palacio. HSs. Efrén Félix Tarapués C., Carlos Gaviria Díaz, Francisco Rojas Birry, Gerardo A. Jumí Tapias.</p> <p>Exposición de Motivos</p> <p>Como se puede deducir, la adición propuesta es una necesaria complementación al artículo 339 de la C.N., para salvaguardar el principio de la diversidad étnica y cultural de reconocimiento constitucional, que es constantemente violado incluso por agentes estatales que olvidando la obligatoriedad de este principio, implementan acciones de choque propias de una economía consumista para acabar con las economías propias de los grupos étnicos, lo cual se seguirá presentando hasta tanto se consagre un mandato constitucional expreso como el aquí propuesto para la aprobación de los honorables Congresistas.</p> <p>Como se puede deducir, la adición propuesta es una necesaria complementación al artículo 339 de la C.N., para salvaguardar el principio de la diversidad étnica y cultural de reconocimiento constitucional, que es constantemente violado incluso por agentes estatales que olvidando la obligatoriedad de este principio, implementan acciones de choque propias de una economía consumista para acabar con las economías propias de los grupos étnicos, lo cual se seguirá presentando hasta tanto se consagre un mandato constitucional expreso como el aquí propuesto para la aprobación de los honorables Congresistas.</p> <p><i>(Documento 27)</i></p>
<p>Proyecto de Ley No. 068 del 14 de agosto de 2003</p>	<p>Por medio de la cual se reglamenta y fortalece la adecuada participación, consulta y concertación de los Grupos Étnicos en todos los niveles decisorios de las Ramas y Órganos del Poder Público a escala nacional, departamental, regional, distrital y municipal, conforme a lo dispuesto en los artículos 1, 2, 7, 13 y 40 de la Constitución Nacional y el artículo 47 de la Ley 70 de 1993.</p>

<p>Cámara.</p> <p>Publicado en la Gaceta del Congreso No. 408 de 2003.</p>	<p>Artículo 1. Finalidad. La presente ley crea mecanismos para que las autoridades en cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales garanticen la adecuada participación, consulta y concertación a que los grupos étnicos tienen derecho en todos los niveles decisorios de las Ramas y Órganos del Poder Público, incluidas las entidades a que se refiere el inciso final del artículo 115 de la Constitución Política de Colombia. Así mismo, también promuevan esa participación en las diversas instancias de decisión de la sociedad civil.</p> <p>Artículo 2. Concepto de máximo nivel decisorio. Entiéndase para los efectos de la presente ley, como máximo nivel decisorio el que corresponde a quienes ejercen los cargos de mayor jerarquía en las entidades públicas y que la naturaleza de su vinculación pertenece a la figura de libre nombramiento y remoción, dentro de las tres Ramas y Órganos del Poder Público y en los niveles nacional, departamental, regional, distrital y municipal.</p> <p>Igualmente, se consideran como máximo nivel decisorio, los espacios de representación y concertación adscritos a diferentes entidades de las ramas y órganos del poder público en los cuales se definan políticas, se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar e interesar a los grupos étnicos.</p> <p>Artículo 3. Participación efectiva de los grupos étnicos. En todos los espacios de representación y concertación de las ramas y órganos del poder público en que se definan políticas y acciones que afecten o interesen a los grupos étnicos, habrá presencia decisoria en un porcentaje mínimo del 51% de los representantes de las etnias afectadas, a fin de garantizar la protección y reconocimiento de la diversidad etnocultural.</p> <p>La participación adecuada de los grupos étnicos en los niveles del Poder Público definidos en los artículos 1° y 2° de la presente ley, se hará efectiva aplicando por parte de las autoridades nominadoras los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Mínimo el veinte por ciento (20%) de los cargos de máximo nivel decisorio, de que trata el artículo 2° de esta ley, será desempeñado por ciudadanos pertenecientes a los grupos étnicos diferentes al mayoritario que existe en el país. 2. En los cargos que deban proveerse por el sistema de ternas, se incluirá en la integración de la misma por lo menos un (1) ciudadano perteneciente a los grupos étnicos. 3. Para todos los casos previstos en esta ley, serán las autoridades tradicionales y Organizaciones Nacionales Indígenas y/o las Consultivas (Organizaciones de Base) y Consejos Comunitarios de las Comunidades Negras, los representantes de los grupos étnicos con quienes consultará y concertará el Gobierno, en aquello que sea pertinente. <p>Parágrafo 1. En las ramas y órganos del poder público, a nivel nacional, departamental, regional, distrital y municipal donde ya se hayan constituido espacios de participación y concertación de políticas y acciones relacionadas con los grupos étnicos, deben revisarse y atemperarse en su conformación a lo</p>
--	--

dispuesto en esta ley.

Parágrafo 2. El Departamento Administrativo de la Función Pública tiene la obligación permanente de facilitar y remitir oportunamente a las autoridades tradicionales y organizaciones indígenas, al igual que a las consultivas (Organizaciones de Base) y consejos comunitarios de las comunidades negras, la información sobre los cargos relacionados con funciones y actividades sobre los grupos étnicos a proveer en la Administración Pública y los requisitos exigidos para desempeñarlos.

Artículo 4. Excepciones. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior los cargos que por disposiciones legales son considerados de Carrera Administrativa, Judicial y de provisión exclusiva por méritos.

Parágrafo. Cuando se trate de proveer cargos por concurso de méritos en la rama y órganos del poder público, cuyas funciones a cumplir se relacionan con asuntos de las comunidades y pueblos de los grupos étnicos, será condición *sine qua non* que el setenta por ciento (70%) de los concursantes provenga de los grupos étnicos. Sin este requisito se declarará desierto el concurso y se nombrará un ciudadano perteneciente a los grupos étnicos, de terna presentada por las organizaciones indígenas o consultivas de las comunidades negras, según sea el caso.

Artículo 5. Vigilancia y cumplimiento. El Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo son responsables de velar por el estricto cumplimiento de la presente ley.

Parágrafo. El incumplimiento de lo ordenado en esta ley constituye causal de mala conducta, que será sancionada de conformidad con el régimen disciplinario vigente.

Artículo 6. Reglamentación. El Gobierno reglamentará la presente ley dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de su promulgación, la cual será consultada y concertada previamente con los grupos étnicos representados por las Autoridades Tradicionales y Organizaciones Indígenas de carácter nacional en el caso de los Pueblos Indígenas y las Consultivas (Organizaciones de Base) y Consejos Comunitarios en el caso de las Comunidades Negras, en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 6° de la Ley 21 de 1991.

Parágrafo 1. Crease una Comisión de seguimiento integrada por ocho (8) miembros, así: dos representantes de las organizaciones indígenas nacionales, dos representantes escogidos por la consultiva de alto nivel de las comunidades negras (Delegados de las Organizaciones de Base) y cuatro representantes del Gobierno designados por el Presidente de la República, con el fin de garantizar la reglamentación en los términos previstos en esta ley.

Parágrafo 2. Autorícese al Gobierno para realizar las apropiaciones y traslados presupuestales necesarios para dar cumplimiento a la ley y su reglamentación.

Artículo 7. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

	<p>Exposición de motivos</p> <p>El reconocimiento de la pluriétnicidad y diversidad cultural de la población colombiana manifestado en el artículo 7º de la Constitución Nacional, hace necesario reglamentar la adecuada participación de los grupos étnicos en los órganos directivos y de concertación que tiene que ver con las tres (3) Ramas del Poder Público.</p> <p>Fundamentos de carácter legal</p> <p>El artículo 2º de la Constitución Política establece como fines del Estado: Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, administrativa y cultural de la Nación.</p> <p>Por su parte, el artículo 7º de la Carta Fundamental en su texto dice: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, lo cual constituye una razón especial para el desarrollo legal que proponemos con el presente proyecto de ley.</p> <p>Así mismo, el artículo 13 de la misma reza todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación, por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.</p> <p>También hace parte de este razonamiento legal el artículo 40 de la Constitución Política, cuando prevé que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, en cuyo caso y para hacer efectivo este derecho puede según el inciso 7º del mencionado artículo ¿Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos por nacimiento o por adopción que tengan doble nacionalidad.</p> <p>Finalmente, el artículo 47 de la Ley 70 de 1993 determina que: El Estado adoptará medidas para garantizarle a las comunidades negras de que trata esta ley el derecho a desarrollarse económica y socialmente atendiendo a los elementos de su cultura autónoma.</p> <p><i>(Documento 28)</i></p>
--	--

IV. Asamblea Nacional Constituyente

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
Gaceta Constitucional del 4 de mayo de 1991. Ponencia	<p>Los Derechos de los Grupos Étnicos.</p> <p>1)El reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural de la nación: El presupuesto de la propuesta de introducir un título especial de derechos de los grupos étnicos es el de reconstruir la identidad nacional a partir de la premisa de respeto y reconocimiento de la pluralidad. Este reconocimiento ya se ha hecho explícito en la referencia propiamente política al pluralismo y en el reconocimiento del carácter multiétnico y</p>

H.C. Francisco Rojas Birry	pluricultural del pueblo colombiano. Ahora, es preciso actualizar este principio introduciendo en la Constitución un título nuevo que haga efectivo el respeto a la pluralidad étnica y cultural. (Documento 29)
-------------------------------------	---

V. Legislación Extranjera

A. Constitucional

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
Argentina, 22 de agosto de 1994	<p>Constitución de la Nación Argentina</p> <p>Artículo 75. Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. 19. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales. (Documento 30)</p>
Bolivia, 1967, texto modificado por la reforma constitucional aprobada el 5 de agosto de 1994	<p>Constitución Política de Bolivia</p> <p>Artículo 1. Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.</p> <p>Artículo 171. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional y especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando los usos y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los</p>

	<p>poderes del Estado. (Documento 31)</p>
<p>Brasil, 20 de septiembre de 1988</p>	<p>Constitución de la Republica Federativa del Brasil</p> <p>Artículo 109. Es competencia de los jueces federales procesar y juzgar: XI los conflictos sobre derechos indígenas.</p> <p>Artículo 231. Se reconoce a los indios su organización social, costumbres, lenguas creencias, tradicionales y los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, correspondiendo a la Unión demarcarlas, protegerlas y hacer que se respeten todos sus bienes.</p> <p>Artículo 232. Los indios, sus comunidades y organizaciones son partes legítimas para actuar en juicio en defensa de sus derechos e intereses interviniendo el ministerio público en todos los actos del proceso. (Documento 32)</p>
<p>Canadá, 1982</p>	<p>Acto Constitución .Carta canadiense de las derechos y de libertades Libertades fundamentales</p> <p>2. Cada uno tiene las libertades fundamentales siguientes:</p> <p>(a) libertad de la conciencia y de la religión (b) libertad del pensamiento, de la creencia, de la opinión y de la expresión, incluyendo la libertad de la prensa y de otros medios de la comunicación. (c) libertad de la asamblea pacífica; y (d) libertad de la asociación.</p> <p>LOS DERECHOS DE LA IGUALDAD</p> <p>15.</p> <p>(1) cada individuo es igual ante la ley y tiene derecho a la protección igual y a la ventaja igual de la ley sin la discriminación y, en detalle, sin la discriminación basada en la raza, origen nacional o étnico, color, la religión, el sexo, la edad, o la inhabilidad mental o física.</p> <p>(2) la subdivisión (1) no imposibilita ninguna ley, programa o actividad que tenga como su objeto el mejoramiento de condiciones de individuos o de grupos perjudicados incluyendo los que sean perjudicados debido a la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad, o inhabilidad(mental o física).</p> <p>LOS DERECHOS DE LAS GENTES ABORÍGENES DE CANADÁ</p> <p>(1) los derechos aborígenes y del tratado existentes de las gentes aborígenes de Canadá se reconocen y se afirman por este medio.</p> <p>(2) en este acto se incluye a la gente de los indios, del inuit, y de Metis de Canadá.</p> <p>(3) para la mayor certeza, de los derechos de la subdivisión (1); incluye las derechos que ahora existen por acuerdos de las demandas de la tierra o pueden ser así que las adquirió.</p> <p>(4) a pesar de cualquier otra disposición de este acto, los derechos aborígenes y de los tratados mencionados en la subdivisión están garantizados igualmente al hombre y a la mujer. El gobierno de Canadá y los gobiernos provinciales están confiados al principal que, antes de que cualquier</p>

	<p>enmienda se haga a la clase 24 de la sección 91 del acto del Constitución, 1867, a la sección 25 de este acto o a esta parte:</p> <p>(a) una conferencia constitucional que incluye en su agenda un artículo referente a la enmienda propuesta, integrada por el primer ministro de Canadá y los primeros ministros de las provincias, será convocada por el primer ministro de Canadá; y</p> <p>(b) el primer ministro de Canadá invitará a representantes de las gentes aborígenes de Canadá que participen en las discusiones sobre ese ítem.</p> <p><i>(Documento 33)</i></p>
<p>Ecuador, 5 de junio de 1998</p>	<p>Constitución Política de la República del Ecuador</p> <p>Artículo 83. Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible.</p> <p>Artículo 84. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:</p> <p>5. Ser consultados sobre planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras y que puedan afectarlos ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten, en cuanto sea posible y recibir indemnizaciones por los perjuicios socio-ambientales que les causen.</p> <p>7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.</p> <p>14. Participar, mediante representantes, en los organismos oficiales que determine la ley.</p> <p>Artículo 85. El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos negros o afroecuatorianos, los derechos determinados en el artículo anterior, en todo aquello que les sea aplicable.</p> <p><i>(Documento 34)</i></p>
<p>Guatemala, 31 de agosto de 1985</p>	<p>Constitución Política de la República de Guatemala</p> <p>Artículo 2. Deberes del Estado. Es deber del estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.</p> <p>Artículo 4. Libertad e igualdad. En Guatemala todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tiene iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí.</p> <p>Artículo 58. Identidad cultural. Se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres.</p>

	<p>Artículo 66. Protección de los grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia Maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso de los trajes indígenas en hombres y mujeres, idiomas y dialectos</p> <p>Artículo 143. El idioma oficial. El idioma oficial de Guatemala, es el español. Las lenguas vernáculas, forman parte del patrimonio cultural de la Nación. (Documento 35)</p>
<p>México, 5 de febrero de 10917</p>	<p>Constitución de los Estados Unidos Mexicanos</p> <p>Artículo 2. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico. A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los

	<p>términos establecidos en esta Constitución.</p> <p>VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.</p> <p>VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.</p> <p>Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.</p> <p>VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.</p> <p>Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.</p> <p>B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. Tienen la obligación de: Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.</p> <p>II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles.</p> <p>Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.</p> <p>III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.</p> <p>IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios</p>
--	--

	<p>para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.</p> <p>V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.</p> <p>VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.</p> <p>VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.</p> <p>VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.</p> <p>IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.</p> <p>Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.</p> <p>Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.</p> <p><i>(Documento 36)</i></p>
<p>Nicaragua, 19 de noviembre de 1986</p>	<p>Constitución Política de la República de Nicaragua</p> <p>Artículo 5. Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.</p> <p>Artículo 34. Todo procesado tiene derecho, en igualdad de condiciones, a las siguientes garantías mínimas:</p>

	<p>6. A ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado por el tribunal.</p> <p>Artículo 89 Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones.</p> <p>Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de preservar y desarrollar su identidad cultural en la unidad nacional; dotarse de sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales conforme a sus tradiciones.</p> <p>El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las comunidades de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.</p> <p>Artículo 180. Las comunidades de la Costa Atlántica tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.</p> <p>El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados.</p> <p>Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.</p> <p>Artículo. 181 El Estado organizará, por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y las comunidades étnicas de la Costa Atlántica, la que deberá contener, entre otras normas: las atribuciones de sus órganos de gobierno, su relación con el Poder Ejecutivo y Legislativo y con los municipios, y el ejercicio de sus derechos. Dicha ley, para su aprobación y reforma, requerirá de la mayoría establecida para la reforma. <i>(Documento 37)</i></p>
Panamá, 11 de octubre de 1972	<p>Constitución Política de Panamá</p> <p>Artículo 83. El Estado reconoce que las tradiciones folclóricas constituyen parte medular de la cultura nacional y por tanto promoverá su estudio, conservación y divulgación, estableciendo su primacía sobre manifestaciones o tendencias que la adulteren.</p> <p>Artículo 86. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada uno de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos. <i>(Documento 38)</i></p>
Paraguay, 20 de junio de 1992	<p>Constitución Política de la República del Paraguay</p> <p>Artículo 62. De los pueblos indígenas y grupos étnicos Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado</p>

	<p>paraguayo.</p> <p>Artículo 63. De la identidad étnica Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interior siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.</p> <p>Artículo 65. Del derecho a la participación Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, ésta Constitución y las leyes nacionales. <i>(Documento 39)</i></p>
<p>Perú, 11 de enero de 1993</p>	<p>Constitución Política del Perú</p> <p>DE LA PERSONA Y DE LA SOCIEDAD</p> <p>Artículo 2. Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. 3. A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. No hay persecución por razón de ideas o creencias. No hay delito de opinión. El ejercicio público de todas las confesiones es libre, siempre que no ofenda la moral ni altere el orden público.</p> <p>Artículo 149. Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial. <i>(Documento 40)</i></p>

B. Legal

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
<p>Brasil, 19 de diciembre de 1973,</p>	<p>Ley Nº 6.001 Estatuto de Indios Artículo 6. Serán respetados los usos, tradiciones y costumbres de las comunidades indígenas y sus efectos en las relaciones de familia, en los órdenes de sucesión en el régimen de propiedades los asuntos o negocios realizados entre indios salvo que optaren por la aplicación del derecho común.</p>

	<p>Parágrafo único: Aplíquense las normas de derecho común a las relaciones entre indios no integrados y personas ajenas a la comunidad indígena, ejecutados los que fueran menos favorables a resuelto y dispuesto en esta ley. (Documento 41)</p>
Chile, 1993	<p>Ley 19.253 (Ley Indígena)</p> <p>Artículo 1. El Estado reconoce que los indígenas de Chile descendientes de las agrupaciones humanas que existen en el territorio nacional desde tiempos precolombinos, que conservan manifestaciones étnicas y culturales propias siendo para ellos la tierra el fundamento principal de su existencia y su cultura. El estado reconoce como principales etnias indígenas de Chile a: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuenses, las de las comunidades Atacameñas, Quechuas y Collas del norte del país, las comunidades de Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán de los canales australes. El Estado valora su existencia por ser parte esencial de las raíces de la Nación chilena, así como su integridad y desarrollo, de acuerdo a sus costumbres y valores. Es deber de la sociedad en general y del Estado en particular, a través de sus instituciones respetar, proteger y promover el desarrollo de los indígenas, sus culturas, familias y comunidades, adoptando las medidas adecuadas para tales fines y proteger las tierras indígenas, velar por su adecuada explotación, por su equilibrio ecológico y propender a su ampliación.</p> <p>Artículo 7. El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales, en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público. El Estado tiene el deber de promover las culturas indígenas, las que forman parte del patrimonio de la Nación Chilena.</p> <p>Artículo 54. La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad. Cuando la costumbre deba ser acreditada en juicio podrá probarse por todos los medios que franquea la ley y, especialmente, por un informe pericial que deberá evacuar la Corporación a requerimiento del Tribunal. El Juez encargado del conocimiento de una causa indígena, a solicitud de parte interesada y en actuaciones o diligencias en que se requiera la presencia personal del indígena, deberá aceptar el uso de la lengua materna debiendo al efecto hacerse asesorar por traductor idóneo, el que será proporcionado por la Corporación.</p> <p>Artículo 55. Para prevenir o terminar un juicio sobre sierras, en el que se encuentre involucrado algún indígena, los interesados podrán recurrir voluntariamente a la Corporación a fin de que los instruya acerca de la naturaleza de la conciliación y de sus derechos y se procure la solución extrajudicial del asunto controvertido. El trámite de la conciliación no tendrá solemnidad alguna. La Corporación será representada en esta instancia por un abogado que será</p>

	<p>designado al efecto por el Director el que actuará como conciliador y Ministro de Fe. Este levantará acta de lo acordado, la que producirá el efecto de cosa juzgada en última instancia y tendrá mérito ejecutivo. De no llegarse a acuerdo podrá intentarse la acción judicial correspondiente o continuarse el juicio, en su caso. (Documento 42)</p>
<p>México, 14 de noviembre de 1997</p>	<p>Ley de justicia indígena del Estado de Quintana Roo, P. O.</p> <p>Artículo 1. La presente Ley es de orden público e interés social y de observancia en las comunidades donde se establezcan los órganos jurisdiccionales que prevé esta Ley. El Estado garantizará a los miembros de estas comunidades el pleno ejercicio de los derechos que otorga la presente Ley.</p> <p>Artículo 2. Es objeto de esta Ley, establecer el Sistema de Justicia Indígena para resolver las controversias jurídicas que se susciten entre los miembros de las comunidades a que se refiere la presente Ley; atendiendo a lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por el artículo 13 de la Constitución Política del Estado de Quintana Roo.</p> <p>Artículo 3. Corresponde al Tribunal Superior de Justicia del Estado, la función jurisdiccional en materia indígena, en los términos que señala la presente Ley, para lo cual proveerá lo necesario a fin de alcanzar los objetivos de la misma, en la impartición y administración de justicia en la materia.</p> <p>Artículo 4. Todos los miembros de las comunidades indígenas a que se refiere el artículo 1o., podrán someter sus controversias de carácter jurídico al conocimiento de los órganos del Sistema de Justicia Indígena, que prevé esta Ley.</p> <p>Artículo 5. A falta de disposición expresa de este ordenamiento, se aplicarán supletoriamente los Códigos de Procedimientos Civiles y Penales para el Estado de Quintana Roo, según el caso.</p> <p>Artículo 6. El Sistema de Justicia Indígena, es el conjunto de disposiciones, órganos jurisdiccionales y procedimientos que garantizan a los integrantes de las comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción del Estado en materia de justicia, sustentado en el respeto a los usos, costumbres y tradiciones propios de su etnia. La justicia indígena es alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria y al fuero de los jueces del orden común, jurisdicción que siempre estará expedita en los términos y condiciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado y las leyes ordinarias que la reglamentan.</p> <p>Artículo 7. El Tribunal Superior de Justicia, oyendo al Consejo de la Judicatura de la Justicia Indígena, determinará en cuáles comunidades habrá un juez tradicional, y establecerá los órganos superiores integrados por magistrados que funcionarán en Salas, Tribunales Unitarios, o en las instituciones que determine el propio Tribunal Superior.</p>

Artículo 8. Para la supervisión, capacitación y orientación de los jueces tradicionales, se integrará un Consejo de la Judicatura de la Justicia Indígena, con un magistrado de asuntos indígenas que designe el Tribunal Superior de Justicia, quien lo presidirá y con cinco representantes designados uno por cada centro ceremonial maya.

Este Consejo de la Judicatura vigilará el desempeño de los cargos de jueces tradicionales y magistrados de asuntos indígenas, validará sus nombramientos y vigilará que los órganos de justicia indígena cuenten con lo necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Artículo 9. El Tribunal Superior de Justicia del Estado, a propuesta del Consejo de la Judicatura de la Justicia Indígena, designará a los jueces tradicionales.

El nombramiento de los jueces tradicionales y magistrados de asuntos indígenas, deberá recaer en miembros respetables de la comunidad, que dominen el idioma y conozcan los usos, las costumbres y tradiciones de su comunidad, sin que sea necesario reunir los requisitos o tenga los impedimentos establecidos en la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado.

Artículo 10. Los jueces tradicionales y magistrados de asuntos indígenas aplicarán las normas de derecho consuetudinario indígena, respetando las garantías consagradas en la Constitución General de la República y la Constitución Política del Estado. Para tal efecto, actuarán con estricto apego a los Derechos Humanos, así como con respeto a la dignidad e integridad de las mujeres.

Artículo 11. En caso de que alguno de los interesados no acepte la mediación de un juez tradicional, no llegue a un arreglo satisfactorio, o no se someta a su arbitraje, las partes podrán acudir a los tribunales competentes.

Artículo 12. Si las partes, por la mediación del juez tradicional, admiten arreglar sus diferencias mediante convenio, éste quedará homologado a una sentencia debidamente ejecutoriada, y si deciden someterse al arbitraje del juez tradicional, la resolución dictada tendrá el carácter de cosa juzgada.

Artículo 13. Los jueces tradicionales intervendrán de oficio en los casos en que las mujeres y niños indígenas de las comunidades a que se refiere esta Ley, se vean afectados en sus derechos, bienes, posesiones o se atente en contra de su integridad física, sano desarrollo, salud, formación personal y cultural.

Artículo 14. Los jueces tradicionales tendrán competencia para conocer y resolver controversias en materia civil, familiar y penal.

Artículo 15. En materia civil, los jueces tradicionales tendrán competencia en los siguientes asuntos:

I. De contratos por los que se generen todo tipo de derechos y obligaciones, cuyas prestaciones no excedan de cien salarios mínimos. Quedan incluidos en este rubro las obligaciones que se generen por adeudos, hasta por la cantidad indicada; y

II. De convenios en los que se pacten obligaciones relacionadas con las

actividades agrícolas, ganaderas, avícolas, avícolas, de caza, pesca o forestales.

Artículo 16. En materia familiar, los jueces tradicionales tendrán competencia en los siguientes asuntos:

- I. De los matrimonios mayas y su disolución, a los cuales esta Ley les otorga validez legal, para los efectos de aplicar justicia indígena, siempre y cuando los matrimonios sean reconocidos por las autoridades y dignatarios mayas del lugar en que se efectuó;
- II. De la custodia, educación y cuidado de los hijos;
- III. De pensiones alimenticias; y
- IV. De las controversias de carácter familiar que afecten la dignidad, las costumbres o las tradiciones familiares.

Artículo 17. En materia penal, los jueces tradicionales tendrán competencia en los siguientes delitos:

- I. Robo cuyo monto no exceda de cien salarios mínimos;
- II. Abigeato que recaiga en ganado menor, así como los casos previstos en las fracciones de la I a la IV del artículo 148 del Código Penal para el Estado de Quintana Roo;
- III. Fraude cuyo monto no exceda de cien salarios mínimos;
- IV. Abuso de confianza cuyo monto no exceda de cien salarios mínimos;
- V. Abandono de personas;
- VI. Daños hasta por un monto de cien salarios mínimos;
- VII. Todos los demás delitos que se persigan por querrela previstos en el Código Penal para el Estado de Quintana Roo; y
- VIII. Los anteriores, que sean cometidos por los menores de dieciséis años, siempre que las sanciones tengan un carácter tutelar, en los términos de la Ley del Consejo Tutelar para Menores Infractores del Estado.

Cuando por las circunstancias de la comisión de algún delito previsto en este artículo, que represente un peligro para la comunidad o revista importancia social, el Tribunal Superior de Justicia, oyendo al juez tradicional respectivo, podrá ejercer la facultad de atracción y, en su caso, turnar los autos al Juez competente.

Artículo 18. Quedan expresamente exceptuados de la competencia de los jueces tradicionales, el conocimiento de los delitos calificados por la ley como graves.

Artículo 19. También conocerán de las faltas administrativas que afecten a la familia, a la dignidad de las personas, a la imagen y buen gobierno de las autoridades locales y de las autoridades tradicionales, así como de las cometidas por los menores de dieciséis años, que no sean de competencia municipal. En este caso, las sanciones aplicables no serán mayores a las que previene, para estos casos, la Constitución General de la República.

Artículo 20. Para hacer cumplir sus determinaciones, los jueces tradicionales podrán dictar las medidas de apremio siguientes:

- I. A percibimiento
- II. Multas hasta de treinta salarios mínimos; y
- III. Arresto hasta de treinta y seis horas.

Artículo 21. En materia penal, los jueces tradicionales podrán mediante sentencias que al efecto dicten, imponer las penas y medidas de seguridad siguientes:

- I. Vigilancia de la autoridad;
- II. Multa hasta de treinta salarios mínimos;
- III. Reparación de daños y perjuicios
- IV. Trabajo en favor de la comunidad;
- V. Prohibición de ir a una circunscripción territorial determinada o de residir en ella;
- VI. Decomiso, pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el delito; y
- VII. Las demás que prevenga la Ley.

Artículo 22. Cuando la autoridad administrativa tenga conocimiento de las faltas administrativas prevista en esta Ley, consignará de inmediato al juez tradicional las actuaciones que hubiere realizado, así como al detenido si lo hubiere.

Los agentes del Ministerio Público ejercerán acción penal ante los jueces tradicionales, por la comisión de los delitos previstos por este mismo ordenamiento, siempre que el ofendido y el indiciado sean miembros de las comunidades de su jurisdicción y que el ofendido opte por someterse a la justicia indígena.

Artículo 23. La Procuraduría General de Justicia del Estado, en el área de su competencia, dictará las medidas correspondientes, a fin de que las agencias del Ministerio Público con jurisdicción en las comunidades en las que tenga competencia un juez tradicional, coadyuven con éste en la vigilancia y cumplimiento de los objetivos de esta Ley.

Artículo 24. Los miembros de las comunidades indígenas que habiten en donde resida un juez tradicional, están obligados a presentarse ante éste cuando sean citados para ello, apercibiendo al citado de que se aplicarán en su contra los medios de apremio a que se refiere el artículo 20 de esta Ley en caso de incomparecencia injustificada.

Artículo 25. El juez tradicional se cerciorará que las partes que comparecen ante él, pertenecen a la comunidad indígena y tienen su domicilio dentro de su jurisdicción.

Artículo 26. Todos los procedimientos ante los jueces tradicionales estarán exentos de formalidades. Serán orales fundamentalmente y se procurará que se desahoguen en una sola audiencia en la que comparecerán las partes y manifestarán lo que a su derecho convenga.

De esta audiencia se levantará acta en la que se consigne en forma abreviada los alegatos, la declaración de testigos que, en su caso, ofrezcan las partes y los acuerdos a que llegaren. El juez tradicional suplirá las deficiencias en los alegatos de ambas partes.

Artículo 27. En la audiencia, el juez tradicional avenirá a las partes y si no se concilian, mediará entre ellas, ofreciendo alternativas de solución viables. Si aún así, no llegaren a un arreglo satisfactorio, propondrá a las partes el

	<p>procedimiento arbitral, y aceptado que fuere su arbitraje, dictará el laudo a conciencia y a verdad sabida, que tendrá la categoría de cosa juzgada. Si no fuere aceptado su arbitraje, orientará la parte actora o agraviada, para que ejercite sus derechos ante el órgano jurisdiccional competente.</p> <p>Artículo 28. La resolución se dictará en la misma audiencia, salvo que a juicio del juez, se requiera de un plazo mayor que no excederá de cinco días hábiles; en la cual dará eficacia de cosa juzgada a los acuerdos y convenios a que hayan llegado las partes; otorgando a éstos la categoría de laudo debidamente ejecutoriado, que tendrá la eficacia de cosa juzgada. Los convenios o los laudos se cumplirán en los plazos que se estipulen en éstos, de acuerdo a los usos y costumbres del lugar. En caso de incumplimiento, el juez tradicional los ejecutará en la vía de apremio.</p> <p>Artículo 29. El Pleno del Tribunal Superior de Justicia del Estado, en la aplicación de los procedimientos, acuerdos y resoluciones en materia de justicia indígena, así como en los casos no previstos en la presente ley, dictará las disposiciones de carácter general necesarias para que se cumplan los objetivos del Sistema de Justicia Indígena.</p> <p>Artículo 30. Las inconformidades que se presenten en contra de los jueces tradicionales en el ejercicio de sus funciones, serán sustanciadas por el Tribunal Unitario o Salas que integren los magistrados de asuntos indígenas. El escrito correspondiente podrá presentarse ante el juez respectivo, dentro de los tres días siguientes al de la resolución.</p> <p>Artículo 31. Presentada una inconformidad, el juez rendirá al día siguiente, un informe conciso sobre la materia de la queja y si se refiere a circunstancias omitidas para dictar resolución o de los acuerdos relativos a un convenio, se anexará a este informe el acta de la audiencia y la resolución dictada. El órgano que revise dictará resolución en el término máximo de quince días siguientes al en que se reciba el informe aludido.</p> <p>Artículo primero. La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado.</p> <p>Artículo tercero. La presente Ley deberá difundirse en los idiomas español y maya, particularmente en la zona centro de la entidad. (Documento 43)</p>
<p>México, de 26 de febrero de 1992</p>	<p>Ley Agraria D.O.F.</p> <p>Artículo 164. En la resolución de las controversias que sean puestas bajo su conocimiento, los tribunales se sujetarán siempre al procedimiento previsto por esta Ley y quedará constancia de ello por escrito. En los juicios en que se involucren tierras de los grupos indígenas, los tribunales deberán considerar las costumbres y usos de cada grupo mientras no contravengan lo dispuesto por esta ley ni se afecten derechos de terceros. Asimismo, cuando se haga necesario, el Tribunal se asegurará que los indígenas cuenten con traductores. Los tribunales suplirán la deficiencia de las partes en sus planteamientos de</p>

	<p>derecho cuando se trate de núcleos de población ejidales o comunales, así como ejidatarios y comuneros. (Documento 44)</p>
<p>México, 29 de junio de 1992</p>	<p>Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos</p> <p>Artículo 29. La Comisión Nacional deberá poner a disposición de los reclamantes formularios que faciliten el trámite, y en todo caso orientará a los comparecientes sobre el contenido de su queja o reclamación. Las quejas también podrán presentarse oralmente, cuando los comparecientes no puedan escribir o sean menores de edad. Tratándose de personas que no hablen o entiendan correctamente el idioma español, se les proporcionará gratuitamente un traductor. (Documento 45)</p>
<p>México, 19 de diciembre de 2002</p>	<p>Código Federal de Procedimientos Penales</p> <p>Artículo 28. Cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio uno o más traductores, quienes deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes, podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el traductor haga la traducción. Cuando no pudiere ser habido un traductor mayor de edad podrá nombrarse a un menor que haya cumplido quince años.</p> <p>Artículo 29. Las partes podrán recusar al intérprete motivando la recusación y el funcionario que practique las diligencias resolverá de plano y sin recurso.</p> <p>Artículo 87. Las audiencias se llevarán a cabo, concurren o no las partes, salvo el Ministerio Público, que no podrá dejar de asistir a ellas. En la diligencia de declaración preparatoria comparecerá el inculpado asistido de su defensor y en su caso, la persona de su confianza que el inculpado pueda designar sin que esto último implique exigencia procesal. En el supuesto a que se refiere el artículo 124 bis de este código, no podrán llevarse a cabo las audiencias en que deba participar el inculpado sin el traductor a que dicho precepto se refiere.</p> <p>Artículo 128. Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido o se presentare voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma: III Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda;</p> <p>Artículo 154. La declaración preparatoria comenzará por las generales del inculpado, en las que se incluirá también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por si o por persona de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le</p>

	<p>nombrará un defensor de oficio. (Documento 46)</p>
<p>Panamá, Ley 16 del 19 de febrero de 1953</p>	<p>Por la cual se organiza la Comarca de San Blas</p> <p>Artículo 5. En cada una de las poblaciones de Anachuncuna y Armila habrá un Sahila, que tendrá función de cooperar con las autoridades de Administración Nacional.</p> <p>Artículo 7. Es obligación de la primera autoridad política de toda población indígena tomar conocimiento de las infracciones de la Ley, que ocurrieron dentro de su jurisdicción, informar de lo sucedido al Intendente y poner a las órdenes de ésta a los transgresores.</p> <p>Artículo 12. El Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las Leyes Penales, del Congreso General Kuna, de los Congresos de pueblos y tribus, con arreglo a su tradición y su Carta Orgánica, con las salvedades pertinentes para evitar incompatibilidades con la Constitución y Leyes de la República.</p> <p>Artículo 13. El Estado reconoce la existencia del Congreso General Kuna y de los Congresos del Pueblo y tribus con arreglo a su tradición y a su Carta Orgánica, con las salvedades pertinentes para evitar incompatibilidades con la Constitución y Leyes de la República. (Documento 47)</p>
<p>Perú, 6 de enero de 2003</p>	<p>Ley N° 27908 de rondas campesinas</p> <p>Artículo 1. Personalidad jurídica. Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden entablar interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca.</p> <p>Artículo 2. Rondas al interior de la comunidad campesina. En los lugares donde existan Comunidades Campesinas y Nativas, las Rondas Campesinas o Rondas Comunales, se forman y sostienen a iniciativa exclusiva de la propia Comunidad y se sujetan al Estatuto y a lo que acuerden los Órganos de Gobierno de la Comunidad a los que la Ronda Campesina está subordinada.</p> <p>Artículo 3. Derechos y deberes de los miembros de las Rondas Campesinas. Las Rondas Campesinas están integradas por personas naturales</p>

denominadas Ronderos y Ronderas que se encuentren debidamente acreditadas. Tienen los derechos y deberes que la presente ley y demás Normas establezcan.

Las Rondas Campesinas promueven el ejercicio de los derechos y participación de la mujer en todo nivel. Igualmente tienen consideración especial a los Derechos del niño y del adolescente, las personas discapacitadas y de los adultos mayores.

Artículo 4. Derecho de no discriminación.

Bajo responsabilidad, las instituciones y autoridades del sector público no pueden establecer formas o modalidades de discriminación, directa o indirecta en el ejercicio, en el ejercicio de los derechos colectivos e individuales de los miembros integrantes de las Rondas Campesinas.

Artículo 5. Inscripción de las Rondas.

Las Rondas Campesinas elaboran su Estatuto y se inscriben en los Registros Públicos. Asimismo procederá su inscripción en la municipalidad de su jurisdicción a fin de establecer relaciones de coordinación. No podrá existir más de una Ronda Campesina en el mismo ámbito comunal.

Artículo 6. Derecho de participación, control y fiscalización de los programas y proyectos de desarrollo que se implementen en su jurisdicción comunal

Artículo 7. Actividades en beneficio de la paz Comunal

Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal.

Artículo 8. Coordinación con autoridades y organizaciones sociales.

Para el ejercicio de sus funciones las Rondas Campesinas coordinan en el marco de la legislación nacional con las autoridades políticas, policiales, municipales, representantes de la Defensoría del Pueblo y otras de la Administración Pública. Asimismo, pueden establecer coordinaciones con las organizaciones sociales rurales y entidades privadas dentro de su ámbito local, regional o nacional.

Artículo 9. Coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales.

Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.

(Documento 48)

VI. Bibliografía Analizada

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
<p>LIBRO DE QUINE. La jurisdicción especial indígena en la Constitución de 1991</p>	<p>El derecho de administrar justicia como un derecho de los pueblos indígenas</p> <p>Uno de los derechos generales de los pueblos indígenas es el derecho a la autodisposición.</p> <p>Este derecho implica que el grupo pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y sus deseos. El derecho incluye, por tanto el derecho del pueblo indígena a regirse por sus propias normas, lo que a su vez incluye la posibilidad de crear normas y aplicarlas.</p> <p>A la luz de las consideraciones hechas anteriormente sobre los elementos a partir de los cuales se construyen los derechos de los pueblos indígenas, y sobre todo teniendo en cuenta que lo que estos grupos reclaman es la posibilidad de mantener prácticas culturales semejantes o diversas a las de la mayoría de la población del Estado del que hacen parte, este derecho de crear normas y aplicarlas cobra toda su importancia.</p> <p>En efecto, la teoría sociológica ha mostrado que la permanencia de un grupo como grupo diverso depende de su éxito en la transmisión de los valores culturales. Este proceso, a su vez, depende en primer lugar, de la efectividad de las estrategias de socialización primaria y en segundo lugar, de la efectividad del control social.</p> <p>El momento de la socialización primaria corresponde a los primeros años de vida del individuo.</p> <p>En nuestras sociedades ocurre principalmente en el entorno de la familia y la escuela (de ahí que las comunidades reivindiquen la posibilidad de educar a sus miembros según sus propias costumbres). El control social, por otra parte, requiere tanto la posibilidad de establecer normas que desarrollen los valores culturales generales, como la posibilidad de aplicar estas normas para corregir desviaciones.</p> <p>Entre nosotros, el principal mecanismo de control social lo constituye el conjunto de normas que llamaos jurídicas, el derecho y que distinguimos de las normas morales y los usos sociales; y la aplicación de estas normas la asignamos a un aparato especializado y bien identificado que integra el sistema judicial. El desarrollo de nuestras prácticas sociales nos ha llevado también a establecer reglas específicas sobre quienes pueden crear normas jurídicas y como pueden hacerlo y a definir quiénes aplican las reglas jurídicas.</p> <p><i>(Documento 49)</i></p>
<p>YRIGOYEN FAJARDO, Raquel.</p> <p>Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho</p>	<p>Criterios y pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal</p> <p>Los ejes para establecer pautas de coordinación entre el DI y el estatal, deben resolver, entre otros, temas como el establecimiento de criterios y reglas para definir y resolver los conflictos de competencia: 1) material, 2) territorial, 3) personal, y 4) temporal entre ambos sistemas; 5) descriminalización del derecho y la justicia indígenas; 6) mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena; 7) mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena; 8) remisión de casos o situaciones al</p>

<p>indígena y el derecho estatal.</p>	<p>derecho indígena; 9) fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales; 10) mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas; 11) procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena.</p> <p>a. Competencia material. Ni el Convenio 169 de la OIT ni los Acuerdos de Paz limitan el conocimiento de alguna materia al derecho y la justicia indígenas. Jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal es de conocimiento del DI. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el DI a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.</p> <p>b. Competencia territorial. El Convenio 169-OIT no especifica nada sobre la competencia territorial del derecho consuetudinario, aunque en principio se refiere a los pueblos indígenas y tiene un capítulo referido al territorio y tierras de los mismos. En los Acuerdos de Paz no hay tampoco una mención expresa, salvo la referencia a: “normas que rigen en las comunidades” (AIPDI,IV,E,4). Cabe inferir que la competencia para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas. Sin embargo, cabe anotar que puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena pero cuyos sujetos o materia son de competencia de los pueblos indígenas. En tales casos, el derecho y la justicia indígenas también podrían ser competentes para garantizar el derecho a la propia vida cultural de las personas indígenas comprometidas en la situación que se trate. Dichos casos podrían remitirse a la justicia indígena.</p> <p>c. Competencia personal. El Convenio 169 de la OIT tiene algunos artículos generales que hablan del reconocimiento del derecho consuetudinario, de las costumbres e instituciones, en los cuales no hace mención a la competencia personal (art. 8, 2). Pero en materia de represión de delitos, habla del respeto de los métodos que se aplican a los miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1). Se puede interpretar que si bien este artículo no necesariamente limita la intervención de la justicia indígena a los miembros de los pueblos indígenas, sí garantiza que en los casos de indígenas se les aplique el derecho que ellos conocen y del cual participan. Los Acuerdos de Paz, por su parte, no establecen ningún límite específico sobre las personas que deban someterse al derecho y la justicia indígenas. Hay referencias generales sobre la comunidad y los pueblos indígenas, pero no especifican nada al respecto. Cabría interpretar que en general, las normas indígenas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, como parte del derecho a la propia vida cultural. Sin embargo, si alguien que no es miembro del pueblo indígena interviene en un acto con indígenas (ej. una transferencia de propiedad, el uso de recursos como bosques, aguas, etc.) sería natural que la comunidad aplique sus reglas para la regulación de tal hecho y para resolver los conflictos que se deriven del</p>
---------------------------------------	--

mismo, en tanto corresponda. En principio existe el derecho de ser regulado y de ser juzgado dentro de la propia cultura y esto vale en general para todos. No obstante ello, debe considerarse que los sistemas jurídicos indígenas han sufrido un proceso de debilitamiento por su desconocimiento legal así como por la intervención del derecho estatal dentro de las comunidades, por lo cual se requiere un proceso de fortalecimiento. Por ello, si bien en principio existe el derecho de ser juzgado por el propio derecho dentro de la propia cultura, ello no sería obstáculo para que los sistemas jurídicos indígenas puedan reaccionar en defensa de sus miembros o bienes, si un tercero no-indígena realiza un hecho dañino contra personas o bienes indígenas dentro del ámbito territorial indígena. Ello permitiría no dejar vulnerables a los indígenas frente al ataque ilegal de terceros y evitar la intervención en las comunidades de aparatos estatales que históricamente han mellado la cultura y el derecho indígenas.

En estos casos y en toda situación en general, no obstante, los terceros no-indígenas pueden demandar que se vele por sus derechos, y tanto los hechos como el derecho deberían ser interpretados interculturalmente.

d. Competencia temporal. Una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido al derecho o la justicia estatales, pues entonces dejaría sin contenido al reconocimiento del derecho indígena.

Si por el contrario, una situación o caso hubiese sido visto por el derecho y la justicia estatales y luego las partes de común acuerdo quieren someterlo a su propio sistema indígena, ello sería legítimo, debido al reconocimiento legal del derecho indígena.

Esta situación podría presentarse también en adelante. Es decir, si las autoridades o una parte someten ante el derecho o justicia estatal un caso que correspondería al DI, y las autoridades estatales no lo remiten al DI, cualquiera de las partes o ambas pueden demandar que dicha situación o caso sea sometido al DI en cualquier estado del proceso.

e. Descriminalización del derecho y la justicia indígenas. Una de las demandas más importantes y urgentes para la coordinación entre sistemas, es que el sistema de justicia estatal descriminalice o despenalice: 1) las prácticas culturales y jurídicas indígenas que considera hechos punibles o delitos (ej. formas de unión conyugal temprana, el “rpto”, el uso de plantas medicinales, etc.), y 2) el ejercicio de la justicia indígena en sí mismo. La criminalización de la justicia indígena se da porque a partir de la “exclusividad de la función jurisdiccional” se entiende que las autoridades indígenas (como alcaldes auxiliares, consejos de ancianos o asambleas comunales) que toman decisiones usurpan la función jurisdiccional que sólo es de competencia del Organismo Judicial. Una de las consecuencias del reconocimiento del DI es que el ejercicio de la justicia indígena por sus propias autoridades, al ser legal, ya no configura usurpación de autoridad ni ninguna forma delictiva. Por ello se debe evitar cualquier forma de persecución o estigmatización de autoridades indígenas que administran justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos, y de los miembros de los pueblos indígenas que se someten a su propia justicia. Del mismo modo, tampoco son punibles los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos, así como los mecanismos coercitivos y sanciones que se den en el marco de la justicia indígena (con el límite de no violar derechos humanos, que se explicara luego). El Estado y sus agencias deben abstenerse de una intervención punitiva cuando los hechos se

fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas. Esto debe explicitarse en normas de desarrollo constitucional, en una ley específica de coordinación y/o en los respectivos códigos penal y procesal penal. Un caso en este sentido es el Código Penal Peruano de 1991 que despenaliza la comisión de hechos punibles cuando están basados en la cultura o costumbres (art. 15). Si hay una denuncia por presunta violación de derechos humanos esta debe investigarse y resolverse según un procedimiento específico que garantice la interculturalidad, para evitar que por la vía de la denuncia se neutralice o criminalice la justicia indígena.

Mecanismos para el respeto de actos jurídicos indígenas. Las normas de coordinación deberían establecer mecanismos registrales para el reconocimiento legal de los **actos jurídicos** realizados dentro del derecho indígena (uniones conyugales, nombres, filiación, formas de contratos, trasposos de propiedad y otros actos), sin establecer nuevos requisitos que en la práctica signifiquen el desconocimiento de lo actuado en los pueblos indígenas. Entre ellos, mecanismos para que se coordine con las instancias registrales (civiles, de la propiedad, etc.) a fin de que los actos jurídicos realizados en los pueblos indígenas con sus procedimientos y dentro de su cultura e idioma, tengan validez cuando interactúan fuera de sus comunidades.

Respeto de decisiones indígenas que resuelven conflictos. El reconocimiento legal de las **decisiones** tomadas por las autoridades e instancias correspondientes dentro de la justicia indígena, exige que las normas de coordinación establezcan mecanismos para el respeto de las mismas por autoridades jurisdiccionales y otras autoridades estatales. Esto no otorga facultades a las autoridades estatales para la revisión de las mismas o requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia. El mero reconocimiento del DI implica el reconocimiento de la validez *per se* de las decisiones de autoridades indígenas (alcaldes auxiliares, consejos de ancianos, asambleas comunales, etc.) cuando intervienen para administrar justicia. Esto puede implicar que autoridades estatales deban hacer o abstenerse de hacer algo, suspender actos por los cuales otorgaban derechos u obligaciones de modo distinto a las decisiones indígenas o simplemente homologar tales decisiones para que las mismas sean registradas o ejecutadas como corresponda de modo que sean oponibles incluso ante terceros de fuera de la comunidad o pueblo indígena.

Remisión de situaciones o casos a la Justicia Indígena. Con el reconocimiento del Derecho consuetudinario, le corresponde al derecho y a la justicia indígenas la regulación y resolución de conflictos de la vida social indígena. Para el fortalecimiento de tal sistema, toca a los jueces y otras autoridades del sistema estatal remitir o devolver los casos que presenten indígenas o terceros pero que se refieran a personas o bienes indígenas respecto de casos ocurridos dentro del espacio territorial de las comunidades o pueblos indígenas. Procesalmente esto puede hacerse apenas el juez u operador jurídico se informen de las circunstancias que dan competencia al DI por las propias partes u otras fuentes verificadas. Esto supondrá el establecimiento de mecanismos de comunicación simples y directos entre autoridades estatales e indígenas que deban conocer los casos. Por esta vía se evitará también la duplicidad que pueda haber en el conocimiento de un caso o situación.

La remisión de casos judiciales en cualquier etapa del proceso (policial, fiscal,

judicial) puede hacerse de modo inmediato por el mero reconocimiento del DI. En cambio, la remisión de oficio de situaciones jurídicas (ej. unión conyugal, filiación, traspaso de propiedad, herencias, etc.) requerirá del establecimiento de mayores coordinaciones a efecto de que el sistema estatal tenga mecanismos procesales y registrales que den seguridad a los pueblos indígenas de que las situaciones que regulan serán reconocidas por el derecho estatal ante terceros o fuera de las comunidades y pueblos indígenas.

Fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales. El respeto y el fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas se derivan del reconocimiento del derecho indígena. Ello incluye el respeto y reconocimiento de sus propios procedimientos para la constitución y designación de las mismas. Por ende, las normas de coordinación no pueden incluir mecanismos de inscripción, acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de las instituciones o autoridades indígenas. La ley debe establecer determinados canales de diálogo con autoridades indígenas, con base en una consulta previa a los pueblos indígenas sobre el particular; pero no puede obligar al registro, carnetización o listado de todas las autoridades indígenas (dados los temores históricamente fundados que tienen respecto de posibles actos represivos). También en consulta y con participación de los pueblos indígenas la ley debería establecer algunos mecanismos para el fortalecimiento de las autoridades indígenas así como de las instancias de decisión que tienen un carácter consensual y participativo (asambleas, cabildos, etc.).

Formas de coordinación operativa y colaboración entre sistemas. En consulta con los pueblos indígenas y con base en un diálogo intercultural e intersectorial, debe establecerse mecanismos y formas de **coordinación**, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo. Actualmente muchos conflictos entre asociaciones de alcaldes auxiliares y fiscales u otras autoridades estatales, se presentan por el tema de las notificaciones. Las oficinas del Estado no destinan recursos para las notificaciones y las encargan a los alcaldes de modo gratuito. Esto recarga enormemente las tareas de los alcaldes, quienes ya cumplen otras labores de servicio a la comunidad y deben además caminar muchas horas para notificar a los pobladores, con el riesgo de que las personas no quieran recibir las notificaciones (porque ordenan su detención o presentación ante juzgados o fiscalía), o las reciban tarde. Los alcaldes son responsabilizados por la falta de entrega o la entrega tardía. Algunos alcaldes han intentado cobrar a los notificados para compensar el tiempo que pierden con esta tarea, como se hace con el correo ordinario, pero por supuesto casi nunca los notificados quieren pagar. En varios departamentos este es un problema que ha llevado a denuncias por parte de los fiscales contra los alcaldes, por omisión de funciones, obstrucción de la justicia y otros delitos. De su parte, las asociaciones de alcaldes ven al Estado como un ente que los carga de obligaciones pero no de derechos y que además les crea conflictos con su propia población. En algunos lugares la Policía ordena a los alcaldes auxiliares detener y llevar a las personas ante su despacho, o ejecutar otras órdenes, lo cual acarrea problemas de relación entre alcaldes y vecinos, e incluso puede implicar riesgos en términos de seguridad para las autoridades indígenas. Estos problemas, que tensan a autoridades estatales e indígenas deberían de

terminar con el establecimiento de mecanismos de diálogo, coordinación y respeto a las autoridades indígenas. Estos criterios también deben ser la base para el establecimiento de las formas de colaboración y apoyo entre sistemas.

Procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por el derecho consuetudinario. El Convenio 169 de la OIT indica que deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos (art. 8,2). El Convenio no especifica qué tipo de procedimiento debe seguirse, si se debe crear un órgano específico para ello o dotarse de tal función a órganos existentes (en Colombia lo hace la Corte Constitucional). El procedimiento que fuese, debe garantizar la *comprensión intercultural* de los hechos y *interpretación intercultural* de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos. El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle. Para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, se podría conformar “jurados escabinados” o tribunales mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión, a fin de que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más. A veces en los pueblos indígenas se resuelven casos con trabajo comunitario, sanción física y moral y/o la mantención de las víctimas por parte del agresor. Si el mismo caso pasase a los tribunales estatales tal vez la pena sería más gravosa para el autor y menos beneficiosa para las víctimas.

A) Demandas de coordinación y adecuación. Debe reformarse varios cuerpos legales (código penal, procesal penal, civil, municipal, leyes registrales, etc.) para ordenar la introducción de normas que expliciten los contenidos arriba mencionados.

Retos Pendientes

a) La apropiación de los Acuerdos de Paz y el Convenio 169, a fin de promover los cambios normativos e institucionales pendientes.

El Convenio 169 de la OIT está vigente desde junio de 1997, sin embargo está pendiente: 1) la difusión adecuada del mismo a fin de que sea suficientemente conocido por la población en general y los pueblos indígenas en particular, 2) la adecuación de la legislación interna a dicho Convenio, 3) la implementación institucional de los derechos que otorga a pueblos indígenas.

En el caso de los Acuerdos de Paz y las recomendaciones de las comisiones derivadas de los mismos, también falta una mayor difusión y su apropiación por la sociedad civil en su conjunto. Con la consulta popular sobre las reformas constitucionales efectuada el 16 de mayo de 1999, se ha mostrado que la mayor parte de la población aparece ajena al proceso con un 80% de abstencionismo. Entre los votantes, ganó el “No” con casi dos tercios del electorado. El “Sí” se dio sobre todo en el altiplano y departamentos con mayoría de población indígena. El alto abstencionismo refleja la necesidad de una colosal tarea de información y participación ciudadana. De su parte, el rechazo de la mayoría de votantes a las reformas, no se puede interpretar mecánicamente como un rechazo al proceso de Paz o a los Acuerdos mismos, que conservan su carácter de compromiso político. Los argumentos

esgrimidos públicamente por el No, igualmente reflejan la desinformación e incluso malinformación ciudadana sobre el tema.

Entre las tareas urgentes derivadas de la implementación del Convenio 169 de la OIT está la elaboración de una norma que establezca el procedimiento de Consulta a los pueblos indígenas antes de la emisión de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectarlos directamente.

b) El Fortalecimiento del derecho indígena. Con el Convenio 169 se reconoce el derecho consuetudinario en los términos expuestos líneas arriba. Ello supone la elaboración de políticas públicas de respeto a tal derecho, sus instituciones y autoridades. Dada la historia de la guerra en el país con un efecto debilitador del derecho indígena, urge el establecimiento de políticas públicas para el fortalecimiento del mismo, sus autoridades, instituciones y sus procedimientos consensuales y participativos. Estas políticas deben diseñarse con participación de los pueblos indígenas y en diálogo intercultural amplio.

c) El estudio y difusión del derecho indígena. Gran parte de los prejuicios y temores que hay sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena se debe al desconocimiento del mismo. También debe haber una política pública de fomento de investigaciones sobre el derecho indígena por parte de los pueblos indígenas y por instancias intersectoriales. Esto incluye igualmente el fomento de publicaciones, la instalación de centros de documentación, videotecas, hemerotecas y sistematización informatizada de jurisprudencia sobre el tratamiento judicial de derechos culturales y del derecho indígena. Es de vital importancia el desarrollo de cursos y programas sobre la cultura y el derecho indígenas, en todos los niveles de la educación.

d) Difusión de los derechos indígenas y del marco legal del derecho indígena. A pesar de que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en marzo de 1996, gran parte de la comunidad jurídica lo desconoce, al igual que otras normas que fundamentan los derechos indígenas. También hay un gran desconocimiento de los derechos por parte de los propios pueblos indígenas y la ciudadanía en general. De ahí se desprende la necesidad de una vasta tarea de información, formación y difusión de los derechos indígenas y de los fundamentos legales de los mismos. Gran parte de los atropellos a los derechos de los pueblos indígenas se deben u ocultan por el desconocimiento de los mismos por los propios afectados. La falta de amparo jurídico a dichos derechos se funda en parte en el desconocimiento de los mismos por la comunidad jurídica. La difusión de derechos debe abarcar los distintos medios para ello y debe hacerse también en los idiomas indígenas del país.

e) Acuerdos intersectoriales. El reconocimiento del derecho indígena requiere de medidas que supongan un cambio en la realidad: el respeto de autoridades indígenas, la despenalización de la cultura y prácticas jurídicas indígenas, el respeto de actos y decisiones indígenas, etc. El diagnóstico de los problemas actualmente existentes (como la criminalización del ejercicio del derecho indígena y la falta de respeto a sus autoridades), así como el planteamiento de alternativas de solución concretas, requieren del diálogo intercultural e intersectorial. Debe fomentarse como política pública el desarrollo de encuentros o talleres entre autoridades indígenas y estatales para diagnosticar los problemas entre sistemas y encontrar posibles soluciones. Con ello se podría reducir los conflictos que hay entre autoridades indígenas y estatales, y se podría tender las bases para una nueva legitimación del Estado, ya que actualmente está muy desacreditado por la violencia institucional que ejerce contra los indígenas.

	<p>f) Participación para el cambio. Un criterio metodológico y político fundamental para la elaboración de propuestas de cambio normativo, institucional y político, debe ser la participación. Una de las deficiencias del Proceso de Paz ha sido justamente la falta de un mayor involucramiento de la ciudadanía en su conjunto, la realización de arreglos populares y la falta de participación directa de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas. De una parte, las instancias formales de representación no siempre llegan a las aldeas y cantones. De otra, las formas más arraigadas de organización y participación indígena (instancias locales como las alcaldías auxiliares y cabildos o asambleas comunales) no tienen canales suficientes para expresarse políticamente y tener impacto nacional. Es vital un proceso que promueva la participación ciudadana teniendo en cuenta la realidad del país, en relación al multilingüismo y multiculturalidad, la distribución territorial, las diferencias socio-económicas, la atención a la participación de las mujeres y de sectores marginados, las percepciones gremiales y de grupos organizados, así como de la ciudadanía en general.</p> <p>g) políticas integrales. Junto al debate sobre el reconocimiento del derecho indígena y otros derechos culturales, debe promoverse el reconocimiento de derechos socio-económicos y políticos, sin los cuales los derechos culturales devienen vacíos. A los pueblos indígenas se le han negado sus derechos no sólo mediante la marginación cultural y el desconocimiento del derecho indígena, sino sobre todo por la negación de condiciones y oportunidades para el desarrollo económico y la participación política. Éstos, por ende, son condiciones que deben acompañar el reconocimiento del derecho indígena y la vigencia de derechos culturales.</p> <p><i>(Documento 50)</i></p>
<p>CABEDO MALLOI, Vicente ALERTA-NET José La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los derechos humanos en Derecho y Sociedad</p>	<p>EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA DE 1991.</p> <p>La Constitución colombiana en su artículo 246 establece que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a Constitución y las leyes de la República” (el subrayado es nuestro), y añade que “La ley establecerá las formas de cooperación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.</p> <p>Este reconocimiento de la potestad para ejercer funciones jurisdiccionales por parte de los pueblos indígenas en sus territorios, “de conformidad con sus normas y procedimientos”, supone la aceptación de una realidad histórica como es la coexistencia en Colombia de verdaderos sistemas jurídicos diversos al Régimen general de la República. Así pues, la Constitución incorpora un pluralismo jurídico acorde con la concepción de una Nación diversa y plural étnica y culturalmente. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como escribe Carlos César Perafán: la “norma fundamental que reconoce la existencia de sistemas jurídicos a los cuales se les reconoce a su vez jurisdicción legal, paralelos al llamado Sistema Judicial Nacional, [...] la circunscribe explícitamente al caso de las comunidades indígenas, dejando por fuera los sistemas de otros pueblos étnicos y aquellos que se consideran ilegales”.</p> <p>De este modo, en Colombia podemos distinguir dos órdenes normativos:</p> <p>A) El sistema jurídico nacional, dentro del cual nos encontramos por un lado</p>

con la Constitución Política y la legislación nacional general, aplicable a los indígenas en cuanto ciudadanos colombianos, y por otro, la Legislación Indígena Nacional, asumida por los pueblos indígenas andinos y por aquellas comunidades indígenas que han perdido parcialmente sus costumbres, sus sistemas de control y de autoridades, y que están, por tanto, en un proceso de recuperación de sus sistemas normativos propios.

B) Sistemas jurídicos indígenas, creados alrededor de sus cosmovisiones, que cuentan con sistemas propios de autoridad y representación, decisión, control y regulación social. Sistemas jurídicos a los que, como hemos visto, la Constitución les reconoce jurisdicción legal.

Por otra parte, este artículo 246 de la Constitución se corresponde con lo preceptuado en los artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT “Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, que por su importancia transcribimos literalmente a continuación:

Art. 8.2: “Dichos pueblos (indígenas) deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Art. 9.1: “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

Hemos resaltado en negrita los límites a la jurisdicción especial indígena que el Convenio de la OIT establece y que coinciden con el artículo 246 C.P. cuando indica que el ejercicio de dicha potestad no debe ser contraria a la Constitución y las leyes de la República. De acuerdo con estos preceptos y con la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional colombiana, estos límites vienen enmarcados por el respeto de los derechos humanos y ahí es donde van a surgir los problemas.

Como más adelante tendremos oportunidad de comprobar, determinadas sanciones penales de los pueblos indígenas impuestas a miembros de sus comunidades podrían vulnerar la prohibición, recogida tanto en tratados internacionales como en la Constitución Política, de torturas, tratos inhumanos o degradantes, habiéndose tenido que pronunciar la Corte Constitucional al respecto a través de la resolución de diversas acciones de tutela. En menor medida, también estudiaremos si los procedimientos de los pueblos indígenas cumplen los requisitos de un proceso debido.

De lo anterior se desprende, como señala el profesor Juan Andrés Sampredo Arrubla, que “el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas debe reflejarse en la posibilidad real de elegir su sistema jurídico y su desarrollo con capacidad de decisión y control, permitiéndoles la conservación de sus sistemas jurídicos y el desarrollo de sus leyes consuetudinarias, mientras no sean incompatibles con sus derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales

D. EL DEBIDO PROCESO.

D.1. Caracteres generales. El debido proceso aparece recogido en el art. 29 de la Constitución Política de 1991, que reza así:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones indebidas; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Como se recordará, cuando hacíamos referencia a los límites de la jurisdicción especial indígena y a los derechos considerados intangibles (45), dentro de éstos incluíamos, por “expresa exigencia constitucional”, los principios de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas, según la Corte, pero no al debido proceso. El problema viene dado porque la Corte extrae esa “exigencia constitucional” del artículo 246, cuando prescribe el ejercicio de las funciones jurisdiccionales indígenas “de conformidad con sus propias normas y procedimientos”, y no del artículo 29 transcrito. Con ello cabe preguntarse si es necesario respetar o no el derecho de defensa, con todas sus implicaciones, y el de asistencia de un abogado.

Para el profesor Juan Gabriel Gómez Albarello “cualquiera que sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta” (46). Este tema fue objeto de dos aclaraciones de voto en la Sentencia T-349/96 (47).

D.2. La Corte Constitucional y el principio de legalidad del procedimiento. La Corte al referirse a la legalidad del procedimiento parte de que “la comunidad (indígena) repudia y castiga los abusos de quienes ejercen la autoridad, lo que implica una censura de la arbitrariedad, y es ésta la finalidad que persigue el debido proceso”, de ahí concluye que, “ dentro del respeto a su cultura, dicha noción (debido proceso pero entendido como legalidad del procedimiento) hay que interpretarla con amplitud, pues de exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al elegir el pluralismo en un principio básico de la Carta” (48).

En definitiva, lo que se requiere cuando se habla del principio de legalidad del procedimiento “es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social”.

Estamos totalmente de acuerdo con el tratamiento que la Corte da a la legalidad del procedimiento, lo único reprochable es que se refiere a éste como “debido proceso”, cuando este concepto incluiría también, entre otros, el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado y la Corte siempre separa estas cuestiones. Por tanto léase “procedimiento” cuando habla de “proceso”.

D.3 La Corte Constitucional y el derecho de defensa y a la asistencia de un abogado. Estos dos derechos son consustanciales dentro del concepto de proceso debido recogido, como hemos visto, en el art. 29 de la Constitución.

Por un lado tenemos que tratar el derecho que asiste al acusado de defenderse, lo que conlleva estar presente en el procedimiento. La Corte en la

Sentencia T-349/96 se pronunció al respecto diciendo “que no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos (el derecho de defensa), pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente”, aceptando como “sucedáneo del derecho de defensa” el que sus parientes estuvieran presentes en el proceso. Sin embargo, en relación a este punto del derecho de defensa se dieron dos aclaraciones de voto a dicha sentencia, en una de las cuales se pone de manifiesto que el reconocimiento de la diversidad cultural y, correlativamente de la jurisdicción especial indígena, “no puede abarcar la eliminación total de la participación del sujeto juzgado en el curso de su propio juicio, pues ella, como seguridad de que nadie puede ser juzgado ni condenado a sus espaldas, constituye regla esencial a la idea misma de justicia, anterior a cualquier norma o costumbre”. Nos sumamos a estas aclaraciones de voto.

El derecho a la asistencia de un abogado es abordado por la Corte en su Sentencia T-523/97 indicando que “los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquéllos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad”. De este modo en esta acción de tutela el Alto Tribunal consideró suficiente el haberse permitido la asistencia de un defensor que fuera miembro de la comunidad. Esta posición de la Corte, al contrario que la anterior, sí resulta perfectamente asumible en aras del respeto a la diversidad étnica y cultural.

D.4. La Corte Constitucional y la legalidad del delito y de la pena. Resulta evidente que, si estamos en presencia de un Derecho consuetudinario como son los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, estos principios de legalidad del delito y de la pena deben adecuarse a dicha realidad. Por tanto, al no tratarse de un Derecho escrito no podremos exigir los principios de tipicidad y taxatividad, sino que la legalidad del delito, siguiendo a la Corte (50), se corresponderá con la interiorización de la prohibición en cuestión por parte de los miembros de la comunidad; mientras que la legalidad de la pena se relaciona con la previsibilidad que de la misma tenga el indígena que ha cometido un delito y los demás miembros de su comunidad.

V. A modo de conclusión.

Hemos querido dejar para el final el tema de la articulación de la Jurisdicción Especial Indígena con el Sistema Jurídico Nacional. Dicha articulación o coordinación debía de haberse plasmado, de acuerdo con la previsión constitucional del artículo 246, en una Ley, pero, todavía hoy, siete años después de promulgada la Constitución, no existe la necesaria Ley de coordinación de las dos jurisdicciones.

La falta de la referida Ley de coordinación ha provocado que la Corte Constitucional colombiana se haya convertido, con sus Sentencias en esta materia, en un auténtico legislador positivo, tal y como hemos podido comprobar en el presente trabajo. Esta situación resulta claramente insostenible, por cuanto no es ésta la labor de un Tribunal Constitucional, sin entrar a valorar los peligros que ello conlleva.

La futura Ley de coordinación debería ser una Ley que reglamentara la articulación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional; es decir, lo que se reglamentaría sería la articulación de jurisdicciones y no los sistemas de justicia de los pueblos indígenas, pues ellos están actuando en la práctica y son dinámicos e inherentes a su autonomía. No debe, por tanto, el legislador suplantar la autonomía de los

	<p>pueblos indígenas en relación a sus sistemas jurídicos.</p> <p>Conforme a lo indicado, la regulación legal de esta coordinación o articulación de jurisdicciones debería partir del respeto y reconocimiento de una amplia autonomía de la jurisdicción especial indígena y, consiguientemente, de un alto grado de restricción en la intervención del sistema judicial nacional. Intervención que, aunque restringida, es necesaria en aras del respeto de los derechos humanos.</p> <p>Sobre estos presupuestos, los temas clave objeto de esta Ley de coordinación serían, principalmente, los siguientes:</p> <p>a) Establecer las bases para la determinación, en aquellos conflictos en los que intervengan indígenas, de la competencia del sistema judicial nacional y de la jurisdicción especial indígena, así como para la resolución de posibles conflictos de colisión entre ambas jurisdicciones.</p> <p>b) Determinar unos límites mínimos en materia de derechos humanos en relación a la jurisdicción especial indígena.</p> <p>Si bien el problema de la competencia ha sido resuelto, a nuestro entender, de forma satisfactoria por la Corte Constitucional, como hemos tenido la oportunidad de comprobar, no ocurre lo mismo con los límites a la jurisdicción especial indígena.</p> <p>La Corte Constitucional, en esta espinosa materia de considerar los derechos humanos como límites a la jurisdicción indígena, acierta en sus planteamientos iniciales pero se equivoca, no es congruente, en sus conclusiones.</p> <p>Nada hay que objetar a la Corte cuando, apostando por un relativismo cultural moderado, señala como límites a la jurisdicción especial indígena aquellos derechos que gozan de un mayor consenso intercultural. Estos derechos, “mínimos aceptables” según la propia Corte, son: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. A estos límites mínimos añade, por exigencia de la Constitución, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas.</p> <p>Por el contrario, el Alto Tribunal se equivoca cuando, en sus Sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997, considera que las sanciones penales indígenas del cepo y del fuate, respectivamente, no constituyen una práctica de tortura ni trato inhumano o degradante. Estos castigos corporales, como ha quedado demostrado en este trabajo, atentan contra la dignidad de la persona, contra su integridad, y en este sentido debería de haberse pronunciado la Corte Constitucional.</p> <p>El cepo constituye un acto de tortura y debe erradicarse, al igual que el fuate, que no alcanzará la intensidad suficiente para ser calificado como tortura pero sí supone un trato inhumano y, por supuesto, degradante.</p> <p>De lo anterior, se desprende la necesidad de que la Ley de coordinación, cuando se apruebe, haga referencia expresa a estos castigos corporales, prohibiendo su aplicación por parte de los pueblos indígenas.</p> <p>Por último, Ley en cuestión debería también ofrecer la posibilidad de lo que algunos autores denominan “cláusulas de salida”. Dichas cláusulas permitirían, a través de las acciones de tutela interpuestas por indígenas condenados por sus comunidades, que ese núcleo de derechos mínimos, recogidos en la misma, se fueran concretando y ampliando. Así, por esta vía, la Corte ha introducido como límite, en relación con la sanción del destierro y la extensión de la responsabilidad penal a los familiares del autor del delito o falta, el principio de responsabilidad personal en materia penal.</p>
--	--

Naturalmente, somos conscientes de las dificultades con las que se encontraría el legislador colombiano si pretendiese aprobar una ley como la apuntada, máxime cuando requeriría la participación en su elaboración de las comunidades indígenas. En este sentido, y puesto que no es de esperar un cambio en la doctrina de la Corte Constitucional respecto a los castigos corporales indígenas, confiamos en que la propia dinámica interna de transformación de los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas termine por hacer caer en desuso sanciones como el cepo y el fuste.
(Documento 51)

Dr. ASSIES, Willem,
El Colegio de Michoacán, Centro de Estudios Rurales Portal on law and society Documento de Trabajo [02-09-2003] Proyecto Pueblos Indígenas y Reforma del Estado: Remunicipalización y Reforma Indígena en Michoacán

Reforma indígena en Michoacán y pluralismo jurídico

La jurisdicción indígena: anteproyectos de ley en Bolivia, Colombia y Ecuador

Nuestra tarea asignada era de presentar unas propuestas sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena y su coordinación con el sistema estatal o “ordinario”. Aquí presentamos unos anteproyectos de ley en esa materia que fueron elaborados en Bolivia, Ecuador y Colombia así como la tentativa de unificación de la doctrina de la Corte Constitucional colombiana, ya mencionada. Tales propuestas serán materia de nuestra propuesta para un Diplomado en Derecho(s) Indígena(s) que incluye tanto una indagación sobre los derechos indígenas reconocidos al nivel nacional e internacional como una introducción a la antropología jurídica y el derecho indígena

Veamos en un primer momento las estipulaciones constitucionales que sustentan esos anteproyectos.

Cuadro 1: Reconocimiento constitucional de jurisdicción indígena

Bolivia (1995)	Colombia (1991)	Ecuador (1998)
Art. 171, III: Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado.	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.	Art. 191: [...] Se reconoce a las autoridades de los pueblos indígenas el derecho de ejercer funciones de administración de justicia y aplicación de normas y procedimientos propios en la solución de conflictos, en conformidad a sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con el sistema judicial nacional y las atribuciones de los poderes del Estado.

En las tres Constituciones se habla de leyes de compatibilización o de coordinación con el sistema judicial nacional. Los anteproyectos que aquí

presentamos corresponden a esa estipulación. Sin embargo, antes de proceder a un análisis de estas propuestas cabe señalar otra cosa; las tres Constituciones reconocen la competencia judicial de las autoridades indígenas y la vigencia de las normas y procedimientos pero también ponen un límite señalando “siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”. Es importante señalarlo porque esto hace suscitar un dilema que pronto fue reconocido por la Corte Constitucional colombiana. En su Sentencia de tutela T-349 de 1996 esa Corte consideró lo siguiente:

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.

Considerando la Constitución colombiana y la ratificación del Convenio 169 de la OIT la Corte Constitucional argumentó que la jurisdicción indígena debería gozar de una autonomía máxima, solamente limitada por un núcleo intangible de derechos humanos: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Además las autoridades indígenas deberían cumplir con las reglas del “debido proceso” en el contexto cultural específico; es decir que deberían seguir -más o menos, puesto que toda cultura es dinámica y sujeta a cambios-, los procedimientos acostumbrados y que la sanción debería ser previsible para el infractor. Por ejemplo, para citar una sentencia de la Corte, una comunidad no puede sentenciar un homicida a veinte años de prisión en una cárcel “blanca” cuando la sanción acostumbrada era de ocho años de trabajo para la comunidad y “el cepo” durante las noches. Por otra parte, la Corte Constitucional no respaldó una decisión de una organización indígena supra-comunitaria emergente por no tomar en cuenta las opiniones de las partes en un conflicto y sus formas de llegar a un acuerdo a nivel comunitario como es de “costumbre”. Estos son unos ejemplos de las cuestiones que se presentan cuando se trata del reconocimiento de la jurisdicción indígena, respaldado en una Constitución y la ratificación del Convenio 169, que por lo tanto adquiere estatus de ley nacional.

Cuadro 2: Análisis comparativo del reconocimiento de la jurisdicción indígena¹⁷[6]

	Bolivia	Ecuador	Colombia
Objeto del reconocimiento y respeto	Derecho consuetudinaria, Autoridades indígenas	Autoridad indígena; Costumbres o derecho consuetudinario	Autoridades indígenas; usos y costumbres ancestrales, las normas y procedimientos propios y la legislación indígena especial vigente dentro de su ámbito territorial
Sujeto titular del derecho	Pueblos indígenas y comunidades indígenas	Los pueblos, que se autodefinen como nacionalidades indígenas	Pueblos indígenas

		campesinas		
	Compe- tencia territorial	Territorio del pueblo indígena o comunidad indígena- campesina	Territorio de una colectividad, pueblo o nacionalidad indígena	Cualquier asunto dentro de sus territorios y indígenas que se encuentran transitoriamente fuera de su territorio
	Compe- tencia material	Cualquier materia regulada por sus normas propias	Cualquier materia	Asuntos de cualquier naturaleza o materia
	Compe- tencia personal	Se exceptuará del precepto de obligatoriedad al no indígena residente en dichos ámbitos territoriales	Indígenas y no indígenas de acuerdo con las prescripciones de esta ley	Determinada por vinculación social y cultural; Incluye indígenas que se encuentran transitoriamente fuera de su territorio
	Límite del recono- cimiento	La Constitución y los tratados internacionales ratificados por Bolivia en materia de derechos humanos	La Constitución e instrumentos internacionales vigentes	La Constitución y leyes de la República
	Conflic- tos de compe- tencia	Entre autoridades indígenas: Resolver de acuerdo a sus derechos consuetudinario s respectivo o someterlo a una tercera autoridad indígena o ordinaria Entre jurisdicción especial y ordinaria: preferencia para jurisdicción especial	Entre colectividades indígenas: organización de grado superior Entre autoridad indígena y la estatal: Tribunal Constitucional resuelve	Entre autoridades indígenas: usos y costumbres y instancias propias Entre autoridades indígenas y autoridades del sistema judicial nacional: Sala jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura
	Auxilio judicial	-Podrán solicitar auxilio; -Declinatoria de competencia de la justicia	Podrá solicitar colaboración o auxilio	Intercambio de pruebas; principio de reciprocidad; convenios

	ordinaria		
Coord.- nación y compati- bilización	Tribunal Constitucional controla violaciones de DDHH	Tribunal Constitucional (Sala de conjueces designada por un colegio electoral compuesto por representantes de organizaciones indígenas)	Constitución, Convenios internacionales, los usos y costumbres de los pueblos indígenas y la jurisprudencia constitucional

El cuadro presentado aquí solamente es una herramienta para la lectura de las tres propuestas pero ya hace vislumbrar algunas cuestiones. Una es la cuestión de la competencia territorial y personal. En el caso de la propuesta boliviana se hace una excepción para los no-indígenas residentes en territorios indígenas mientras en los otros dos casos tanto indígenas como no-indígenas están sujetos a la autoridad indígena. La excepción boliviana puede socavar la gobernabilidad en territorio indígena. Por otra parte, la propuesta colombiana incluye indígenas que se encuentran transitoriamente fuera de su territorio. En segundo lugar, cabe señalar que la propuesta boliviana es un tanto restrictiva cuando habla de “cualquier materia regulada por sus normas propias” mientras la propuesta ecuatoriana nos habla de las “innovaciones que la colectividad incorpora constantemente de acuerdo con las nuevas necesidades y los cambios de los tiempos”. Es una cuestión importante porque remite, por ejemplo, a la cuestión del manejo de fondos para proyectos impulsados por el Estado o por Organizaciones No Gubernamentales. De hecho, los pueblos indígenas están desarrollando normas sobre el manejo y distribución de tales fondos, como es el caso con la instalación de las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas. En tercer lugar, cabe destacar que la propuesta ecuatoriana incluye una Sala de Conjueces designada por un colegio electoral compuesto por representantes de organizaciones indígenas para resolver cuestiones de compatibilidad entre la jurisdicción indígena y nacional a fin de garantizar una interpretación intercultural de los hechos y el derecho. En cuarto lugar, cabe señalar las estipulaciones sobre la cooperación entre la jurisdicción indígena y la estatal. La propuesta ecuatoriana habla de la obligatoriedad de cooperación por parte del sistema estatal mientras la propuesta colombiana habla de reciprocidad. La propuesta boliviana incluye la declinatoria de competencia de la justicia ordinaria. Esto fue incluido en el nuevo código penal boliviano según el cual los conflictos resueltos por vía “alternativa” se consideran “cosa juzgada”. Cabe señalar, sin embargo, que la Constitución boliviana habla de la “solución alternativa de conflictos”, concepto prestado de las teorías de derecho estadounidense enfocadas en la privatización de la justicia.

Otra cosa que cabe señalar es que la propuesta colombiana incluye un artículo sobre menores indígenas. Ninguna de las propuestas reseñadas aquí habla de los derechos de la mujer indígena que fueron una de las grandes innovaciones de los Acuerdos de San Andrés.

Hasta ahora hemos enfocado la cuestión del reconocimiento de una jurisdicción indígena con su propia sistema de autoridad, normatividad, etcétera. Queda la tarea de ampliar y profundizar la investigación mediante una búsqueda de indicadores cuantitativos y cualitativos en base de la base

de datos del BID. En cuanto a los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena y el sistema estatal o la justicia “ordinaria” hemos visto que el último recurso es el Tribunal Constitucional o la Corte Constitucional. Cabe destacar la propuesta innovadora ecuatoriana según la cual los recursos al Tribunal Constitucional serán atendidos por una Sala de conjuces designada por un colegio electoral compuesto por representantes de organizaciones indígenas. Por otra parte, cabe señalar que la propuesta colombiana hace referencia a la jurisprudencia constitucional; es decir la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Es una fuente muy rica para impulsar la reflexión sobre unas cuestiones medulares puesto que a partir de casos muy concretos se desarrolla una reflexión no sólo jurídica sino también filosófica, por ejemplo, acerca de la relación entre el derecho colectivo a una jurisdicción propia y los derechos individuales.

Otro aspecto que cabe señalar es que las propuestas reseñadas dan preferencia a la justicia indígena estableciendo reglas de obligatoriedad. En la jurisprudencia colombiana encontramos el caso en el cual la Corte Constitucional establece que un indígena no simplemente puede elegir el foro judicial (justicia indígena o ordinaria) como le conviene (Sentencia T-523). Por otra parte, según la propuesta ecuatoriana incluso los no-indígenas pueden elegir el foro indígena. Tal como señala Fernando García¹⁸[8] muchos no-indígena optan por la justicia indígena por ser más barato y más eficaz; los abogados y “tinterillos” del sistema “ordinario” están quedándose sin empleo en la región estudiada. Con todo, las reglas de obligatoriedad implican que para indígenas se limitan las posibilidades del “forum shopping” (la elección del foro judicial que crean más conveniente) y esto arroja nueva luz sobre la cuestión del “acceso a la justicia”; cuestión a tratar en otra ocasión.

Asimismo es importante señalar que el reconocimiento de la justicia indígena fortalezca la posición de las autoridades “tradicionales”.¹⁹[9] Eso ha hecho surgir inquietudes; ¿será, por ejemplo, que esto fortalece los sectores más “conservadores” de la sociedad indígena, caracterizados por el paternalismo con relación a los derechos de las mujeres?²⁰[10] Como bien lo destaca Aída Hernández esa inquietud surgió, por ejemplo, entre legisladores que nunca se preocuparon de los derechos de las mujeres ni de los derechos de los indígenas. De hecho, lo que está pasando es que las organizaciones indígenas están estableciendo departamentos de derechos humanos y derechos de la mujer en su estructura organizativa; y en el caso de los Acuerdos de San Andrés se rebasa la legislación nacional en la materia. El reconocimiento de la jurisdicción indígena no sólo fortalece a las autoridades “tradicionales” sino también implica una nueva responsabilidad para con la “sociedad civil” en su conjunto. En Colombia el famoso “caso del fuste” (Sentencia T-523), en el cual la Corte Constitucional justificó el uso del fuste como forma de castigo en una comunidad indígena, suscitó un debate entre organizaciones indígenas sobre los derechos humanos; enfrentan la paradoja de invocar los derechos humanos para justificar su autonomía y al mismo tiempo ser criticados por vulnerar los derechos humanos en ciertos casos. El resultado a menudo es un ajuste del derecho indígena a los derechos humanos y una reinterpretación tanto del derecho indígena como de los derechos humanos.

Finalmente, es importante señalar que el reconocimiento del derecho indígena a menudo implica una transformación de este derecho. Me explico; un documento elaborado por Servicios del Pueblo Mixe²¹[11] en México, por

	<p>ejemplo, al hablar de las características estructurales del derecho mixe, menciona su carácter eminentemente oral, su flexibilidad, su integralidad (por ejemplo en el sentido de no distinguir claramente entre las normas morales, religiosas y jurídicas), su toma de decisiones colegiadas, su carácter participativo y la responsabilidad compartida, su rápida aplicación y la inexistencia del recurso de la apelación, más el hecho que las autoridades deben haber demostrado su servicio a la comunidad mediante el desempeño de cargos. Asimismo, a menudo se afirma que el derecho indígena no busca el castigo sino la compensación y el re-establecimiento de la armonía. No creo que tengamos que dar por sentada que estos son descripciones de la realidad del derecho mixe o del derecho indígena. Lo que llama la atención es que esas características están siendo atribuidas a sistemas jurídicos indígenas muy distintos entre sí. Se trata más bien de un discurso pan-indígena sobre las características atribuidas al derecho indio frente al derecho occidental y estatal o sea de una crítica cultural de este derecho.</p> <p><i>(Documento 52)</i></p>
--	--

VII. Artículos de Periódicos y Revistas

A. Revistas

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
<p>Revista Papeles de Cuestiones Internacionales No. 77 de 2002 Editado por Centro de Investigaciones para la paz. Fundación Hogar del empleado. Autor: Sánchez Mojica Beatriz</p>	<p>Las Justicias Indígenas en la Constitución Colombiana</p> <p>La compatibilización entre los sistemas de justicia indígena y la justicia occidental de los Estados en los que habitan los pueblos indígenas, implica un conflicto de convivencia entre los derechos colectivos y los derechos humanos individuales. En Colombia, como en otros países de América Latina, existe una discordancia en este sentido. Por un lado, se reconocen constitucionalmente las autoridades indígenas, que pueden resolver los conflictos que se presenten dentro del área que manejan, pero por otro, estos deben acomodar sus decisiones a principios y reglas que obedecen a una concepción de la justicia y la dignidad humana diferente de las que poseen.</p> <p>En 1991, el artículo 246 de la Constitución declara que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional”.</p> <p>El reto que se plantea es establecer una relación entre la jurisdicción estatal y las recién reconocidas justicias indígenas, en la que el reconocimiento de lo diferente no se limite a la verificación de una realidad y a la valoración de la</p>

misma desde la perspectiva del grupo cultural mayoritario.

Las justicias indígenas

En la actualidad, conviven en Colombia 81 grupos indígenas diferentes, que suponen aproximadamente 574.482 personas. Cada uno posee su propia cultura y una concepción particular de lo justo. Sin embargo, y pese a sus diferencias, es posible hallar puntos comunes entre los distintos sistemas indígenas de resolución de conflictos. En términos generales se caracterizan por su alto nivel retórico y sus bajas cotas de violencia y burocracia. Asimismo, la mayoría de las culturas amerindias comparten la idea básica sobre el universo, por lo que sus concepciones de justicia están sustentadas en principios similares.

De acuerdo con esta cosmovisión, el orden universal ha surgido de un caos inicial y es relativamente frágil, ya que las fuerzas dicotómicas están permanentemente enfrentadas, generando desequilibrios. La preservación de la armonía entre estas fuerzas es una condición primordial para la vida, de manera que todas las criaturas deben trabajar para mantenerla. Los hombres suelen tener un grado de responsabilidad bastante alto, pues con su conducta pueden generar profundos desequilibrios, que sólo es posible repararlos por medio de acciones de expiación.

Este concepto del universo ha llevado a la elaboración de una ética que rige las relaciones entre los hombres, y entre éstos y los demás seres de la naturaleza, y a la construcción de un conjunto de ideales de comportamiento que constituyen reglas de conducta. Por ello, existen mecanismos de resolución de conflictos que se originan cuando estas reglas se incumplen. Se trata de ordenamientos dinámicos, en el sentido que se modifican para adaptarse a las circunstancias, que mantienen jurisdicción sobre un territorio concreto. Se basan en una concepción no antropocéntrica, en la que el hombre está integrado en la naturaleza. Asimismo, guardan un fuerte vínculo con los sistemas mágico-religiosos de cada pueblo. No poseen principios y reglas orientados a la manera del derecho positivo; por lo que sus normas no suelen ser expresadas en códigos. Tampoco cuentan con un cuerpo especializado para garantizar la obediencia de la comunidad, pues los dispositivos de coerción se encuentran dispersos en la sociedad.

(...)

La mayoría han adaptado sus sistemas de justicia con elementos extraídos de las tradiciones africanas, derecho indiano (conjunto de normas elaboradas por la Corona Española para garantizar la protección de los indígenas) y derecho nacional. La gran mayoría de estos sistemas son incompletos pues no se ocupan de la totalidad de los conflictos que surgen en la comunidad. El homicidio, la violación carnal e incluso las disputas más graves en torno a la adjudicación de la tierra, con frecuencia se remiten a la jurisdicción ordinaria. Estos sistemas, vivos, dinámicos, mutables, se reconocieron en 1991 parte de la jurisdicción del Estado colombiano.

Reconocimiento constitucional de las justicias indígenas

La Constitución Política de 1991 consagra y reconoce por primera vez el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana. Ésta, acostumbrada a verse como mestiza, aceptaba que no era homogénea, pero la heterogeneidad se atribuía a las diversas subculturas regionales, no a las

diferencias étnicas.

(...) el reconocimiento de la existencia de una jurisdicción especial, integrada por los múltiples sistemas de resolución de conflictos indígenas, es problemático. En la Constitución se presenta una discordancia en relación a este punto. Por un lado, se consagra el respeto a la diversidad étnica y cultural del país, y en consecuencia se acepta la existencia de una justicia indígena, desarrollada a partir de las concepciones culturales de lo que es el hombre y el tipo de relaciones que debe tener con sus semejantes y con el medio que le rodea. Al mismo tiempo, se impone una concepción universal de dignidad humana ineludiblemente unida a la teoría de los derechos humanos. De esta manera, se reconocen las autoridades indígenas, que pueden resolver los conflictos que se presenten dentro del área que manejan, pero que deben acomodar sus decisiones a principios y reglas que obedecen a una concepción de la justicia y la dignidad humana diferentes de las que poseen.

El trabajo de la Corte Constitucional

De acuerdo con la Constitución, una ley emitida por el Congreso de la República, en el que los indígenas cuentan con al menos dos escaños, debe regular las relaciones entre la justicia estatal y las justicias indígenas.

Las decisiones de la Corte Constitucional han enfrentado las contradicciones de la Constitución, debiendo buscar una solución que permita armonizar los principios de unidad, diversidad, pluralismo y derechos fundamentales. Ha asumido el reto de reestructurar el concepto de los derechos fundamentales, recreándolo a partir de una lectura multicultural y pluriétnica. El éxito alcanzado es relativo si se analizan cada una de las sentencias; sin embargo, existen elementos que permiten ser optimistas en cuanto al futuro del proceso. el análisis de la labor de la jurisprudencia permite hallar hilos conductores, que buscan establecer las reglas de coordinación entre la jurisdicción del Estado y las justicias indígenas:

1- Las comunidades indígenas gozan de autonomía en materia de jurisdicción, pero sometida a ciertos límites. Si bien la tendencia actual apunta hacia la maximización de la autonomía, restringiendo a su menor expresión los límites, aún no puede hablarse de una posición unificada.

La Corte ha reiterado la existencia de unos valores y principios jerárquicamente superiores al principio de la diversidad, que deben ser respetados por las autoridades indígenas cuando se produzcan conflictos al interior de su comunidad. Esto independientemente de que tales axiomas tengan algo que ver con las concepciones culturales de justicia de cada grupo étnico.

En la Corte se presenta la dificultad para aceptar que los derechos fundamentales tienen para los pueblos indígenas un contenido diferente al que tienen para la sociedad nacional. La Corte reconoce la existencia de una cosmovisión propia de cada comunidad indígena, la cual debe ser protegida y respetada pues es lo que permite el multiculturalismo. Se ha esforzado por interpretar algunos derechos, como la propiedad, dentro de esas particulares formas de ver el mundo, concluyendo que tal garantía posee naturaleza de derecho fundamental cuando se aplica a estos grupos humanos, en virtud del papel que cumple en la vida y subsistencia de las mismas. Sin embargo, hasta la sentencia T-523 de 1997, estas consideraciones adquirieron relevancia en

el momento de enfrentarse a los derechos fundamentales como límite de la autonomía judicial. Algunos fallos, como la T- 254 de 1994, ni siquiera plantean el problema.

2- La jurisdicción especial indígena forma parte de la jurisdicción nacional, y las decisiones de sus autoridades están sometidas al control de cualquier juez de la República, a través de la interposición de la acción de tutela por parte del afectado.

3- Los indígenas están protegidos por un fuero, que les permite ser juzgados por su propia comunidad, y se compone de dos elementos:

- Personal, el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad.
- Territorial, cada comunidad puede juzgar las conductas que tengan lugar dentro de su territorio.

Por regla general, ambos componentes deben concurrir para que el fuero opere. Sólo en casos excepcionales, en los que el indígena pertenezca a una cultura particularmente aislada de la sociedad mestiza, es posible que se le reconozca este derecho en caso de cometer una conducta sancionada por el ordenamiento nacional fuera del territorio indígena.

4- No existe claridad en torno al peso que se concede a la conservación de la cultura de un grupo étnico al definirse el grado de autonomía judicial de la misma. Si bien la sentencia T-523 de 1997 reconoce que las culturas indígenas y sus justicias deben ser entendidas como sistemas dinámicos, el resto de los fallos parece considerar la preservación de las tradiciones y costumbres jurídicas como un factor determinante del nivel de autonomía.

Estas reglas extraídas de la jurisprudencia reflejan que la interpretación global del artículo 246 por parte de la Corte, se asemeja a lo dispuesto por los Reyes Católicos: se reconoce la existencia de sistemas de resolución de conflictos en las comunidades, y son aceptados siempre y cuando sus prácticas no sean “claramente injustas”.

Hacia un proceso de diálogo intercultural

La articulación de las justicias indígenas con la justicia del Estado colombiano no puede hacerse con base, exclusivamente, en decisiones judiciales. Es preciso un proceso de comunicación entre las diversas culturas, y la voluntad de ambas partes de llegar a un consenso. Puesto que la lógica de la sociedad no indígena se encuentra en una posición dominante frente al pensamiento indígena, debe hallarse una fórmula que equilibre las posiciones en juego, un esquema que permita desarrollar una comunicación que no canibalice a los pueblos indígenas.

Boaventura de Sousa Santos ha diseñado una propuesta de diálogo intercultural basado en unas condiciones mínimas:

1- El diálogo no debe ser sobre el multiculturalismo, sino sobre un proceso multicultural. No se trata de una consulta puntual, sino de un proceso de concertación, de propuestas autónomas que surgen de las autoridades.

2- El aprendizaje debe ser recíproco.

3- Cada comunidad indígena debe decidir el momento en el que se encuentra

	<p>preparada para iniciar el diálogo.</p> <p>4- Las comunidades nunca dialogan todo, con todos, ni sobre todas las cosas. Es necesario reconocer los límites. Una comunidad puede rehusar participar en el proceso si la intención es abordar temas que no admiten ser objeto de transacción, o que no pueden ser objeto de diálogo. Es decir, debe garantizarse que la esencia de la vida y del alma de una cultura queda fuera de cualquier posible injerencia externa.</p> <p>5- La apertura al diálogo no es una decisión irreversible, siempre es posible que la comunidad opte por cerrarse.</p> <p>6- Las comunidades deben profundizar en los mecanismos de representación de sus miembros. La propia democracia debe ser multicultural. En las comunidades indígenas quienes mandan obedecen, en la sociedad occidental quienes mandan ordenan.</p> <p>7- Los derechos humanos deben ser reconstruidos desde una perspectiva multicultural.</p> <p>Para De Sousa Santos son dos los criterios para lograr un diálogo progresista :</p> <p>1- Dado que todas las culturas presentan diferentes versiones de la dignidad humana, se debe elegir la más abierta a la otra cultura.</p> <p>2- La igualdad es un derecho cuando las diferencias crean desequilibrios. La diferencia es un derecho cuando la igualdad anula la caracterización.</p> <p>Dicha propuesta no trata de un diálogo puntual. Además de la relación entre las justicias, aborda la relación entre los mundos del blanco, el mestizo y el indígena. Se requiere mirar al otro como un igual. Su cultura debe ser considerada tan válida como la propia.¹⁸ Un proceso de tal naturaleza requiere mucho más que el compromiso de nueve jueces o de un grupo de legisladores para tener éxito. Requiere de una conciencia social, de un deseo de lograr la construcción de una identidad pluricultural. La pregunta es si en Colombia existe dicha voluntad.</p> <p><i>(Documento 53)</i></p>
--	--

VIII. Participación Sectorial y de Expertos

FECHA	CONTENIDO DE INTERES
<p>Olano García, Hernán Alejandro</p> <p>Profesor de Derecho Universidad de la Sabana, miembro de la Academia Colombiana de Jurispru-</p>	<p>La Constitución colombiana, estableció en su artículo 246 una novedosa estrategia, que busca ante todo evitar la asimilación de los grupos étnicos en general a la sociedad colombiana y permite la participación por otro lado, en las decisiones que les conciernen, llega a la igualdad desde el reconocimiento de la diferencia de todos los colombianos frente al Estado. Sin embargo, dentro del Proyecto de Ley Estatutaria, me preocupa mucho el llamado PLURALISMO JURÍDICO y la situación de los MENORES INDÍGENAS, que parece se trataran superficialmente, así como asignar competencias ilimitadas “en las diferentes ramas del derecho”, como expresa el H. Senador Piñacué en el artículo 2º del Proyecto que busca normatizar una ilimitada autonomía judicial de las autoridades indígenas; cualquier día estarían comprometiendo incluso al Estado en conflictos de límites, por ejemplo, pues dentro de las</p>

<p>dencia</p>	<p>“distintas ramas del derecho”, precisamente se encuentra el Derecho Internacional Público.</p> <p>La Jurisdicción indígena tiene como objeto el que los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales acordes con sus usos y costumbres, dentro de su ámbito territorial y como un sistema de derecho diferenciado del sistema judicial nacional y sólo para los miembros de su propia comunidad, como lo ha establecido la Corte Constitucional al establecer que los indígenas sólo pueden ser juzgados por los de su propia raza y no por otros indígenas. Además, el Consejo Superior de la Judicatura el 18 de diciembre de 2002, determinó que la Fiscalía General de la Nación sí posee competencia para investigar a indígenas comprometidos en crímenes, al considerar que el fuero personal y territorial indígena tiene límites. El pronunciamiento lo hizo en el caso del homicidio de cuatro personas en donde estaban involucrados tres indígenas, que tuvieron que ser procesados por la jurisdicción ordinaria.</p> <p>Se establece como postulados de la jurisdicción en cuanto a los grupos étnicos se refiere, el del reconocimiento de la diversidad étnico-cultural del pueblo colombiano, la autonomía y reconocimiento de las formas propias de gobierno, la protección a las tierras comunales y a las formas de propiedad solidaria y asociativa y la participación en el delineamiento de la política oficial indigenista y en las decisiones que los atañen.</p> <p>El primer principio anotado, redefine al país en términos de diversidad, se basó en la lucha de varios años, por parte de las comunidades indígenas, realizada en procesos compartidos con otros grupos y en la experiencia frente al tema de constantes investigadores del mismo.</p> <p>Este principio, constituye la negación de muchos siglos de nuestra realidad, referida a la composición racial de nuestra nación y es la pretensión unificadora del pueblo y su cultura, de políticas estatales dirigidas a la integración de los grupos étnicos a la cultura y a la sociedad nacional.</p> <p>Observamos, que la Constitución Política, reconociendo la pluriétnicidad, beneficia no solo a las comunidades indígenas, sino también a las comunidades negra y raizal de San Andrés, que se caracterizan por ser grupos étnicos bien definidos, pues se refiere tanto a etnias como culturas, siendo este término aun más amplio que el primero, porque con él se reconocen los espacios humanos que conforman la nacionalidad. Intentándose así superar centurias de discriminación política, económica y cultural en contra de las minorías étnicas, de desconocimiento al interior de la población.</p> <p>El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental.</p> <p>El principio que se refiere a la autonomía y reconocimiento de las formas propias del pueblo, considera que el derecho de darse su propia forma de organización social, económica y política, a través de la elección de sus</p>
---------------	--

formas propias de autoridad, de regular sus relaciones de acuerdo a sus tradiciones, de regir su vida económica, de conservar su propia lengua, de tener una educación adecuada, de tener su propia medicina, etc., se ha entendido como autonomía.

El derecho a la autonomía y a la identidad cultural tiene el carácter de colectivo, porque la lengua, los mitos y ritos que los actualiza son realizaciones colectivas construidas de generación en generación, que implican una adaptación al medio natural y una relación entre sus miembros. Por ello cuando la comunidad se ve expuesta al despojo cultural o territorial, se les está negando el derecho a existir.

En el ámbito constitucional ésta se expresa así:

- Derecho a conservar su propia lengua.
- Derecho a tener una educación adecuada.
- Derecho de regular sus relaciones de acuerdo a sus tradiciones.
- Derecho de darse su propia forma de organización política.

En cuanto a la protección a las tierras comunales y a las formas de propiedad solidaria es una de las luchas más importantes del sector indígena la de recuperar las tierras comunales para las comunidades que las han perdido o su protección o titulación para las que aún no han sido arrebatadas. La tierra se constituye en el elemento más importante de la identidad cultural y es la garantía de supervivencia de las diferentes comunidades indígenas porque ella es su espacio de socialización y de vida, por ello cuando son despojadas de su territorio se les está negando el derecho a existir.

Pero, como lo que nos ocupa es el tema de la jurisdicción especial, podemos indicar que dicho tema, está reglamentado en pocas constituciones, como en la colombiana, el cual en su artículo 246 se refiere así al tema:

“Artículo 246. *Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.*

El Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, en la Sentencia T-380 de 1993, expresó:

*“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 derechos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos. 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. Entre otros derechos, 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”.*²²

Y, sobre la jurisdicción especial indígena, la Corte Constitucional también se

pronunció con la Sentencia T-254 de 1994 del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz²³:

“La creación de una jurisdicción especial indígena como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, reconocida a las autoridades indígenas, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley. Las diferencias conceptuales y los conflictos valorativos que puedan presentarse en la aplicación práctica de órdenes jurídicos diversos, deben ser superados respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación:

“a. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. 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 –lo que debe 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.

“b. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (artículos 4, 6 y 95 de la Constitución), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra señalar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

“c. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por

la norma constitucional –diversidad, pluralismo– y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (artículo 246 de la Constitución) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (artículo 330 de la Carta) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protegen valores constitucionales superiores.

“d. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, que mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo debe tener aplicación en ausencia de una autorregulación por parte de las comunidades indígenas.

“Las anteriores premisas significan que el ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionada a la expedición de una ley que la habilite, como podría pensarse a primera vista. La Constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley. De otra parte, al legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de la justicia nacional”.

Otro aspecto preocupante de un proyecto de Ley que tan sólo se basa en un Convenio de la OIT para ser tramitado, es que dentro del respeto por la diversidad étnica y cultural, que busca la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena y que propenderá por la protección y fortalecimiento de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas dentro de los límites establecidos por la Constitución política y los Tratados internacionales sobre la materia, no se incluye nada acerca de la identificación por Registro Civil de los indígenas colombianos, desconociéndoles un mismo Senador Indígena, el derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.
(Documento 54)

IX. Bibliografía Recomendada

Sitios Web Visitados

www.banrep.gov.co

www.google.com

alertanet@hotmail.com
www.uniamazonia.edu.co
etm@oit.org.pe
www.secretariasenado.gov.co
www.mininterior.gov.co
www.gobiernoenlinea.gov.co
www.etniasdecolombia
www.bibliojuridica.org
www.geocities.com
www.educarchile.cl
www.tlahui.com