

JURISDICCION INDIGENA-Elementos

El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad.

JURISDICCION INDIGENA-Vigencia

No es cierto 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.

COMUNIDAD INDIGENA/DERECHO COLECTIVO A MANTENER SINGULARIDAD CULTURAL

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.

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL

La sopesación de los principios de diversidad étnica y cultural vs. unidad política y protección de los derechos fundamentales, conforme con la directriz establecida por esta Corte, puede ser hecha sólo frente a casos concretos. 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.

JURISDICCION INDIGENA-Autonomía

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.

PRINCIPIO DE DIGNIDAD HUMANA DEL INDIGENA/PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Valor fundante del Estado

La terminología utilizada en el 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.

COMUNIDAD INDIGENA-Sanciones por faltas contra la moral

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 y de las decisiones judiciales que resuelvan los conflictos suscitados en cada caso concreto.

AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDIGENA-Aplicación de sanciones

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. 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.

AUTORIDADES DE COMUNIDAD INDIGENA-Límites en cuanto a sanciones

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 sus 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.

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

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.

INDIGENA-No son incapaces relativas

La norma acusada es inexecutable 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.

INDIGENA EN LA CONSTITUCION POLITICA VIGENTE

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.

PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS RESGUARDOS

El Constituyente de 1991 con el fin de proteger la integridad territorial y cultural de los pueblos indígenas estableció la propiedad colectiva de los resguardos y de las tierras comunales de las étnias asignándoles, entre otros, el carácter de inalienables, 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.

Ref.: Expediente No. D-1080

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890

Demandantes: Jaime Bocanegra Izquierdo, Rosalba Coll Rojas, Norma Hurtado Sánchez, Amparo Mosquera de García y Alberto Ospina Cardona

**Magistrado Ponente:
Dr. CARLOS GAVIRIA DIAZ**

Acta No. 18

Santafé de Bogotá, D.C., abril nueve (9) de mil novecientos noventa y seis (1996).

1. ANTECEDENTES

Los ciudadanos JAIME BOCANEGRA IZQUIERDO, ROSALBA COLL ROJAS, NORMA HURTADO SANCHEZ, AMPARO MOSQUERA DE GARCIA Y ALBERTO OSPINA CARDONA, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, solicitan a la Corte que declare inexecutable los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890. Consideran los demandantes que estas normas violan los artículos 1, 2, 5, 8, 13, 15, 21, 98, 116, 121, 209 y 246 de la Constitución Política.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales establecidos para procesos de esta índole, procede la Corte Constitucional a decidir.

2. TEXTO DE LAS NORMAS ACUSADAS

"L

EY 89 DE 1890"

“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 estas incipientes sociedades deban ser gobernadas.

“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.

“Artículo 40. Los indígenas asimilados por la presente Ley a la condición de menores de edad para el manejo de sus porciones en los resguardos, podrán vender ésta 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. Obtenido el permiso la venta se hará por 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 este."

3. LA DEMANDA

En relación con el artículo 1 de la Ley 89 de 1890, sostienen los demandantes que la calificación de unos ciudadanos colombianos como "salvajes" riñe con el principio de la dignidad humana, consagrado en el artículo 1 de la Constitución Política, así como con el derecho a la honra y al buen nombre, establecido en el artículo 15 de la Carta. Por otra parte, la norma acusada también vulnera el artículo 113 de la Constitución, por cuanto otorga a la autoridad eclesiástica potestades de gobierno que sólo pueden ser atribuidas a los miembros de las ramas del poder público constitucionalmente establecidas.

En cuanto al artículo 5, materia de impugnación, afirman los actores que la potestad allí atribuida a los gobernadores de los cabildos indígenas vulnera el artículo 116 de la Constitución Política, que establece taxativamente cuales son los órganos que administran justicia en Colombia dentro de los que no se incluye a esa clase de autoridades indígenas. Dicha disposición legal además, es contraria al artículo 246 de la Carta, puesto que la jurisdicción indígena a que alude esta norma constitucional no puede entrar en funcionamiento mientras no se expida la ley que establezca la forma de coordinación entre la citada jurisdicción y el sistema judicial nacional.

Por último, en relación con el artículo 40 de la Ley 89 de 1890, los actores sostienen que el hecho de fijar la mayoría de edad en veintiún años para efectos de la venta de tierras del resguardo, vulnera el artículo 98 de la Constitución, que fija la mayoría de edad en dieciocho años. El artículo acusado, de acuerdo con la demanda, vulnera además el derecho de los indígenas a vender las tierras del resguardo.

4. INTERVENCIÓN CIUDADANA

4.1. La Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior presentó a esta Corte un escrito en el que explica la importancia de la Ley 89 de 1890 dentro del contexto de la legislación nacional sobre los indígenas y hace algunas observaciones acerca de los cargos formulados contra las normas acusadas. En cuanto al artículo 1 de la Ley 89 de 1890, sostiene -siguiendo los comentarios de Roque Roldán y John Harold Gómez, compiladores de la legislación indígena colombiana- que los conceptos de salvajismo y reducción a la vida civilizada y las potestades de las misiones católicas en el gobierno de los indígenas, han sido modificadas con el tiempo por disposiciones legales del orden nacional, por tratados internacionales suscritos por Colombia y, sobre todo, por la Constitución Política de 1991. En relación con el artículo 5 de la misma ley, afirma que corresponde a la Corte Constitucional sopesar los principios de diversidad étnica y cultural, por una parte, y de vigencia de los derechos fundamentales, por la otra. Para ello es necesario, en opinión de la interviniente, tener en cuenta las directrices de interpretación trazadas en la jurisprudencia de esta Corte y en el artículo 9 del Convenio 169 de la O.I.T., aprobado por el Congreso Nacional mediante la Ley 21 de 1991. Finalmente, considera que el artículo 40 de la Ley 89 de 1890 fue derogado expresamente por el artículo 63 de la Constitución Política, que establece el carácter inalienable de los resguardos.

4.2. El Secretario de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) envió igualmente un escrito a esta Corte, en el que defiende la constitucionalidad de las normas demandadas. La Ley 89 de 1890, de acuerdo con los argumentos del interviniente, es una conquista de los pueblos indígenas de Colombia, por cuanto ha representado la posibilidad de conservar una legislación propia, conforme con los usos y costumbres indígenas, y de poseer tierras comunales bajo la figura del resguardo. En consecuencia, manifiesta que la demanda objeto de la presente decisión significa la puesta en peligro del fuero especial indígena, de la jurisdicción propia y de la inalienabilidad de la propiedad de los resguardos.

En relación con cada uno de los cargos contenidos en la demanda, afirma lo siguiente: el artículo 1 de la ley acusada no es inconstitucional por el sólo hecho de utilizar una terminología anacrónica, que ha sido reemplazada por la contenida en la legislación nacional reciente y en los tratados internacionales; el anacronismo en los términos es común en estatutos legales antiguos, como el Código Civil, y no implica la violación automática de normas constitucionales. Por el contrario, el artículo 1 es compatible con la Constitución porque desarrolla la potestad de los pueblos indígenas de regirse por normas acordes con sus usos y costumbres. Por otra parte, las facultades otorgadas a las misiones católicas en el gobierno de los indígenas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte en la sentencia C-027 de 1993, relativa al Concordato. En cuanto al artículo 5, afirma que no es cierto que la competencia judicial allí otorgada a los cabildos indígenas vulnere la atribución de la función jurisdiccional a los funcionarios de la rama judicial, porque dicha competencia resulta de la autorización dada por la Constitución para que exista una legislación y una jurisdicción particulares para los asuntos relacionados con el manejo de los resguardos (artículo 246 de la C.P.). Por último, en relación con el artículo 40 de la ley acusada, sostiene que esa disposición fue derogada por los artículos 63 y 329 de la Constitución, que establecen la inalienabilidad de los resguardos y demás tierras comunales de los grupos étnicos.

5. CONCEPTO FISCAL

El Procurador General de la Nación emitió el concepto de rigor mediante oficio No. 795 del 3 de noviembre de 1995. En dicho escrito solicita a la Corte que declare inexecutable el artículo 1 de la ley acusada, en tanto utiliza una terminología contraria a principios de rango constitucional; las nociones de “salvajismo” y “reducción a la vida civilizada”, según el concepto fiscal, contradicen particularmente el artículo 8 de la Constitución Política, debido a los presupuestos de marginalidad y de exclusión indígenas de los que parten. Es inconstitucional, igualmente, la intervención de la Iglesia Católica en el gobierno de las comunidades indígenas, intervención que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-027 de 1993. Sin embargo, considera el Jefe del Ministerio Público que la inconstitucionalidad de los apartes acusados no cobija el resto del artículo 1 de la Ley 89 de 1890, en cuanto contempla el fuero legislativo a favor de las comunidades indígenas y que no fue objeto de demanda.

En relación con el artículo 5, acusado, sostiene el Procurador que el argumento esgrimido en la demanda para sostener la inconstitucionalidad de la norma carece de todo fundamento, porque la existencia de la jurisdicción indígena está expresamente autorizada por el artículo 246 de la Constitución, y su funcionamiento no está supeditado a la coordinación con el sistema judicial nacional.

Por último, de acuerdo con el concepto fiscal, el artículo 40 objeto de impugnación, es inconstitucional, pero no por las razones relativas a la mayoría de edad formuladas por los demandantes, sino porque contradice abiertamente la prohibición constitucional de la enajenación de las tierras de los resguardos (artículo 329 C.P.).

6. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

De acuerdo con el artículo 241, numeral 4, de la Constitución Política, es competente esta Corte para conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890.

6.2. Consideraciones generales: la jurisdicción indígena en la Constitución de 1991 y el conflicto entre los principios de diversidad y unidad.

6.2.1. El reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena

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:

“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 análisis de esta norma muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador

para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. 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).¹”

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:

¹ Sentencia T-254/94. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

“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.”²

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.”³

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.”⁴ 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

² *ibid.*

³ *ibid.*

⁴ Boaventura de Sousa Santos. *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge. Nueva York. 1995. p. 317.

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 grupos⁵, 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.

6.3. 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

⁵ Carlos Perafán y Esther Sánchez. Conceptos rendidos ante la Corte Constitucional, por iniciativa del magistrado sustanciador.

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.”⁶

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.

6.4. 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

⁶ Sentencia C-027/93. Magistrado Ponente: Simón Rodríguez Rodríguez.

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.”⁷

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

⁷ Carlos César Perafán Simmonds. *Sistemas jurídicos Paez, Kogi, Wayúu y Tule*. Colcultura. Bogotá. 1995. p. 37.

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).⁸

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.

⁸ Carlos César Perafán Simmonds. op. cit. pp. 20-30.

6.5. 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 parágrafo 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 parágrafo 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 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.

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.

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional actuando en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Declarar INEXEQUIBLES los artículos 1, 5 y 40 de la Ley 89 de 1890.

Cópiese, notifíquese, publíquese, comuníquese a quien corresponda, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

CARLOS GAVIRIA DIAZ
Presidente

JORGE ARANGO MEJIA
Magistrado

ANTONIO BARRERA CARBONELL
Magistrado

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ
Magistrado

JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO
Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General