

## **Sentencia T-1127/01**

**JURISDICCION INDIGENA**-Durante proceso debe permitirse comunicación entre madre e hijo

*La Sala estima que una solución equitativa para el caso de autos debe conducir a que bajo el respeto y acatamiento que merece el proceso de armonización del joven, él y su mamá puedan encontrarse personalmente, con la regularidad que convenga a la seguridad de los dos, en el sitio, hora y bajo las condiciones naturales que las normas comunitarias aconsejen. Sin perjuicio de las demás formas de comunicación, que como la escrita, puedan utilizar la madre y el hijo durante el período de aislamiento físico. Claro es que una decisión en contrario pondría en entredicho la validez de una medida indigenista que merced a la rigidez del apartamiento en el tiempo, lejos de contribuir a la cohesión del núcleo familiar y al reconocimiento de la autoridad indígena, provocaría en la actora inevitables sentimientos de inconformidad contra la forma en que se administra justicia por parte del Gobernador del Resguardo, así como desoladores quebrantos de su sentido de unidad y pertenencia filial.*

**JURISDICCION INDIGENA Y DEBIDO PROCESO**-Restricciones mínimas ligadas a la previsibilidad

*El debido proceso, sin perjuicio de la autonomía reconocida constitucionalmente a favor de la jurisdicción indígena, comporta unas restricciones mínimas ligadas a la previsibilidad que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción. Previsibilidad que al amparo de la racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad no puede desatender los valores de cultura superior que precisamente aseguran y protegen la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo humano que invariablemente se forma a partir de los individuos como seres sociales que son.*

Referencia: expediente T-407143

Acción de tutela incoada por Edilma Pardo Valencia contra el Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca).

Magistrado Ponente:  
Dr. JAIME ARAUJO RENTERÍA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de octubre de dos mil uno (2001).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

### **SENTENCIA**

dentro del proceso de revisión del fallo dictado en el asunto de la referencia por el Juzgado Promiscuo Municipal de Belalcázar, Cauca.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. Hechos y solicitud de amparo**

La señora Edilma Pardo Valencia, en nombre de su hijo menor Albeiro Castro Pardo, formuló demanda en acción de tutela contra el Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca), solicitando la protección del derecho al debido proceso y los derechos consagrados para los capturados en el artículo 377 numeral 5º del C.P.P., ordenando al Gobernador del Resguardo Centro que se la informe permanentemente sobre el paradero del menor y sobre el estado del proceso que se le sigue.

En el acápite de hechos expresó la actora que en razón de una acusación por el hurto de unas gallinas presentada ante el Cabildo de Tálaga contra su hijo, ella lo entregó ante el Cabildo de Centro que estaba unido con el de Tálaga con el fin de que compareciera ante las autoridades indígenas. Que posteriormente quiso despedirse de su hijo pero el Gobernador de Tálaga no se lo permitió y mucho menos el tener algún contacto personal con él, debiendo soportar a partir de entonces una total separación, tal como después se lo ratificó el Gobernador aduciendo un poder tuitivo sobre el menor.

Prosiguió la peticionaria afirmando que pese a sus requerimientos y a los del Personero Municipal, el Gobernador se ha mostrado renuente alegando que ella dio su autorización para mantener aislado a su hijo. Lo que en su sentir es violatorio del derecho fundamental del detenido a no estar incomunicado, a gozar de un debido proceso, y por tanto, al derecho de defensa. Hechos éstos que en su condición de madre los ha padecido bajo la férula de la más angustiosa incertidumbre.

Por su parte el Gobernador del Cabildo Indígena de Belalcázar contestó reivindicando los valores de convivencia y equilibrio que animan su comunidad, el respeto que merece la cosmovisión del indígena en aras de su mejor comprensión por parte de las autoridades no indígenas, y su concepto de justicia resocializadora con arreglo al entorno. Igualmente puso en tela de juicio la versión de la actora, señalando que ella autorizó el traslado de su hijo y la reserva en relación con el paradero del mismo, diligencia en la cual, según el Gobernador, estuvo presente el Obispo Jorge García Isaza. Prosiguió diciendo que tales medidas se tomaron con el fin de proteger la vida del menor, por donde, aparte de llevarlo a un lugar seguro, a la madre se la estaría informando a Través de Monseñor sobre las condiciones en que se encontraba su hijo, lo cual se ha cumplido hasta el punto de haberle llegado comunicación escrita de éste por medio de un cabildante.

El Gobernador seguidamente insistió en cuanto a que la medida busca que el infractor entre en un proceso de armonización con el entorno. Luego aseguró que la acusación instaurada por la madre es falsa en tanto se está protegiendo el derecho a la vida del menor y de su familia, en el entendido de que el retorno a la armonía posibilita la convivencia y el respeto a la vida. Que por ende no se están violando los derechos humanos y mucho menos el debido proceso. Finalmente agregó que en una entrevista dijo el menor tener conocimiento sobre la existencia de otro proceso en su contra, que en su sentir lo ponía en riesgo inminente. El Gobernador puntualizó a continuación expresando:

*"Este hecho como lo manifestó Albeiro Castro, le hacía correr riesgo y por tanto se convirtió en un protegido del Cabildo; situación que dentro del derecho interno no requiere un proceso de investigación, iniciándose de una vez un proceso corrección (sic), porque está por encima el defender la vida.*

*"En el caso del indígena Albeiro Castro, no hay la menor intención de violar algún derecho que lo ampare, por el contrario no hay derecho más fundamental que el derecho a la vida, derecho que a cualquier costo defenderemos, no porque sea sólo nuestra posición sino porque fue una petición y condición del comunero en mención.*

*"Ni la entidad más estricta en justicia podrá negar que primero está la protección de la vida, porque sin vida ¿para qué derechos?"*

## **2. Sentencia objeto de revisión**

EL Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Belalcázar (Cauca), mediante sentencia del 18 de octubre de 2000 no tuteló el derecho al debido proceso fundándose en que la actora entregó voluntariamente su hijo al Gobernador del Cabildo de Belalcázar, expresando así su asentimiento para que en cierto modo permaneciera escondido en aras de la protección de su vida. Donde al efecto estuvo recibiendo información del Obispo acerca del estado de Albeiro.

Para sustentar su decisión el a quo transcribió el artículo 2 del decreto 2001 de 1998 y un aparte de lo expresado por el obispo de Tierradentro en su declaración testimonial, destacando al punto la credibilidad que le merece al Despacho la versión del prelado.

## **CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y FUNDAMENTOS DE LA DECISION**

### **1. Competencia.**

La Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de instancia proferido en el trámite de este proceso, en virtud de los artículos 86 y 241 de la Carta Política; corresponde a la Sala Primera de Revisión de Tutelas adoptar la decisión respectiva, según el reglamento interno y el auto de la Sala de Selección Número 1 del 26 de enero de 2001.

### **2. El problema jurídico planteado**

Corresponde a la Sala determinar si la acción de tutela instaurada por la actora en representación de su hijo, con arreglo a los hechos acreditados amerita una decisión protectora del derecho al debido proceso, en términos de obtener información permanente sobre el lugar donde se encuentra el menor y el estado del proceso que se le sigue.

#### **2.1. Solución al problema planteado**

En sentencia T-349 de 1996 la Sala Cuarta de Revisión de esta Corporación se pronunció en torno al tema de la jurisdicción indígena señalando:

#### **"2. CONSIDERACIONES DE FONDO**

*"La tutela presentada por el actor en contra de la decisión de las autoridades indígenas de su comunidad plantea básicamente 2 problemas jurídicos:*

*"a. ¿Cuáles son concretamente los límites que la Constitución impone al ejercicio de facultades jurisdiccionales por las autoridades de las comunidades indígenas, específicamente en el caso del juzgamiento de la conducta de uno de sus miembros contra otro, cuando ésta ha tenido lugar dentro del territorio de la comunidad respectiva?*

*"b. ¿Fueron rebasados estos límites en el caso objeto de la revisión?*

#### **"2.1. El principio constitucional de la protección a la diversidad cultural**

*"La **Constitución Política** Colombiana reconoce el valor inherente a la diversidad cultural, al incluir en su **artículo séptimo** como uno de los fines esenciales del Estado, el del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.*

*"Este principio se desarrolla a lo largo de la Constitución en los **artículos 10** (oficialidad local de los dialectos y lenguas de las minorías étnicas); **70** (igualdad entre las culturas); **171 y 176** (participación especial en el Senado y la Cámara de Representantes); **246** (jurisdicción especial indígena); y **286** (configuración de los resguardos indígenas como entidades territoriales con autonomía administrativa y presupuestal y capacidad para ser representadas judicial y extrajudicialmente), entre otros.*

*"Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia de este principio, otorgándole un lugar preponderante en la decisión de los casos en los que se han visto involucrados los intereses de las diversas etnias que ocupan el territorio colombiano.*

*"En la sentencia **T-380 de 1993** (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), la Corte indicó que la comunidad indígena "ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser 'sujeto' de derechos fundamentales", pues, "(...) no puede en verdad hablarse de*

protección a 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 sus derechos fundamentales (...). La providencia señala, además, que dentro de los derechos que deben reconocerse a las comunidades se encuentra el derecho a la subsistencia y a no ser objeto de desapariciones forzadas.

"En la sentencia **C-530 de 1993** (M.P. Alejandro Martínez Caballero) también se resaltó la importancia de este principio, al ubicarlo como sustento de la constitucionalidad de la norma que restringe el asentamiento de no nativos en el Archipiélago de San Andrés y Providencia. En este caso, la diversidad étnica y cultural estaba referida a la comunidad étnica de los raizales de las islas.

"Igualmente en la sentencia **C-058 de 1994** (M.P. Alejandro Martínez Caballero), el principio que obliga el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, sirvió como fundamento para declarar la constitucionalidad de una norma del ordenamiento. Se trataba en este caso de aquella que exime de la prestación del servicio militar a los miembros de comunidades indígenas que habiten en sus territorios. La Corte afirmó que no se viola el derecho a la igualdad al otorgar un tratamiento diferente a los indígenas, puesto que la distinción se basa en las particularidades del entorno cultural en el que se desarrollan sus vidas y en el que adquieren su identidad. Se enfatizó en el hecho de que el beneficio es sólo para quienes viven con su comunidad en sus territorios, puesto que el propósito esencial de la norma es proteger el derecho a la supervivencia de la comunidad y no otorgar un privilegio a los individuos en razón de su pertenencia a una etnia.

"En la sentencia **T-377 de 1994** (M.P. Jorge Arango Mejía), la Corte aclaró que lo que se asevera en la providencia respecto a la práctica de la medicina no puede afectar la actividad de brujos, curanderos o chamanes, dado que ésta está protegida por el principio de la protección a la diversidad étnica.

## **"2.2. El alcance del principio del reconocimiento y la protección a la diversidad cultural**

"Por tratarse de un principio incorporado a una norma (lo que le confiere a ésta un carácter específico), el postulado de la protección y el reconocimiento de la diversidad cultural que se consagra en el artículo séptimo del Estatuto Superior, presenta dos dificultades al intérprete: en primer lugar, su generalidad, que conlleva un alto grado de indeterminación, en segundo término, su naturaleza conflictiva, que implica la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía.

"Para superar el primero de los problemas resulta útil acudir a la definición de lo que es una cultura o, en términos más actuales, una etnia, ya que es éste el objeto al que se refiere la norma. De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una "etnia" deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

(...) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.<sup>1</sup>

"La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de "cultura". Este término hace relación básicamente al "conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano. (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana."<sup>2</sup> En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias

---

<sup>1</sup> DE OBIETA CHALBAUD, José A., *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, Editorial Tecnos, Madrid, 1989. P. 43.

<sup>2</sup> *Id.*, p. 38.

religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.<sup>3</sup>

"Teniendo en cuenta esta definición (que no pretende ser sino una aproximación a lo que puede entenderse por "etnia"), el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural,<sup>4</sup> puede concluirse como regla para el intérprete la de **la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas** y, por lo tanto, la de **la minimización de las restricciones** a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

"Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

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

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

"Ahora bien, para determinar la gravedad de la lesión, el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad de la que se trata, puesto que no todas le otorgarán la misma importancia a las posibilidades de determinar cada uno de sus asuntos.

### **"2.3. La interpretación del artículo 246 de la C.P.**

"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 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."<sup>5</sup>*

"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

<sup>3</sup> *Id.*, p. 39.

<sup>4</sup> El derecho a la supervivencia cultural encuentra su fundamento en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9 de la Carta Política y en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Como derecho específico de los pueblos indígenas está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991. Así mismo, este derecho ha sido elaborado jurisprudencialmente en las sentencias de la Corte Constitucional T-428 de 1992 (M.P. Ciro Angarita Barón); T-380 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-058 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); T-342 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), entre otras.

<sup>5</sup> Sentencia de la Corte Constitucional **C-139 de 1996** (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

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.<sup>6</sup> En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles<sup>7</sup> que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado.

"En efecto, el artículo cuarto del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (aprobado por la Ley 74 de 1968), establece que:

1. En situaciones excepcionales (...) los Estados partes en el presente pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto (...)
2. La situación precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...)

"Así mismo, el artículo quince de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, establece que:

---

<sup>6</sup> Abdullahi Ahmed An-na'im, "Toward a Cross Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment" en Abdullahi Ahmed An-na'im (comp.), *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1991; y Richard Falk, "Cultural foundations for the International Protection of Human Rights", ibd.

La existencia de un consenso intercultural en torno a estos derechos también sería susceptible de verificación en el contexto colombiano. Por lo menos eso parecen sugerir los estudios relativos al tema, que demuestran que en las comunidades estudiadas se sanciona penalmente el homicidio y no se practican ni la esclavitud, ni la tortura por parte de las autoridades. Carlos César Perafán, *Sistemas Jurídicos Paez, Kogi, Wayuu y Tule*, Instituto Colombiano de Antropología, 1995.

<sup>7</sup> Frédérick Sudre, *La Convention Européenne des Droits de L'Homme*, Presses Universitaires de France, Paris, pp.23-25.

1. En caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio (...)
2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] (...).

"También la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (aprobada por la Ley 16 de 1972) prevé dentro de los derechos que no pueden ser suspendidos en ningún caso el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud. Su artículo 27 dispone,

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, (...) suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención (...)
2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos (...) 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre) (...)

"Por otra parte, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (aprobado por la Ley 78 de 1986) en su artículo 2, parágrafo 2, dispone:

2. En ningún caso podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como estados de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

"Finalmente, el artículo tercero común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, relativos al derecho de la guerra (aprobados por la Ley 5 de 1960), prevé:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

(...) A tal efecto quedan prohibidos en cualquier tiempo y lugar, respecto de las personas arriba mencionadas [civiles y militares heridos o que hayan depuesto las armas]:

a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;

(...)

c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

(...)

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

"(...).

"Estas restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas en lo que hace a la determinación de sus instituciones jurídicas y sus formas de juzgamiento estarían justificadas, según lo expuesto anteriormente, porque: a) se trata de medidas necesarias para proteger intereses de superior jerarquía, que en este caso serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura y la legalidad de los procedimientos, los

*delitos y las penas; y b) se trata de las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional".*

#### **2.4. El caso concreto**

Los hechos bajo examen giran alrededor de un **procedimiento indígena**, que según lo afirmado por el Gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar, entraña un sentido correctivo que busca enderezar la conducta del infractor en pos de su armonización para con el entorno socio-económico que le es propio. Asunto que con arreglo a la Constitución hace parte de las funciones jurisdiccionales que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer 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** (art. 246 C.P.), tal como quedó dicho en líneas anteriores.

De acuerdo con lo manifestado por la demandante y que luego fue corroborado por Monseñor Jorge García Isaza en su declaración (fl. 21), ella, por su propia voluntad, le entregó su hijo al Cabildo de Belalcázar con el fin de que se adelantara la correspondiente investigación. El prelado añade que él actuó como garante, constándole que la actora entregó al menor Albeiro para que estuviera en un lugar seguro y bajo reserva, a efectos de proteger su vida durante la investigación. En punto a la situación del menor continuó el deponente diciendo:

*"Estoy en capacidad de manifestar que el joven ALBEIRO se encuentra en un lugar seguro, y tratado en muy buenas condiciones".*

A propósito de algunas características de la cultura Paéz obra un concepto de la antropóloga Esther Sánchez Botero, que al tenor del siguiente resumen enseña:

Los paeces tienen asiento en el Departamento del Cauca, constituyendo el pueblo indígena más numeroso del país con una especial conciencia de grupo distinto. Allí la sociedad es titular de derechos a tiempo que los individuos son sujetos de deberes. Para los paeces el valor más grande después de la vida es la honradez, valor éste que tiene gran relevancia frente al trabajo y sus frutos, de suerte tal que quien roba (hurta), en la práctica está despojando a la víctima de lo que ha ganado con su trabajo, rompiendo a la vez con el principio fundamental de la reciprocidad. Consecuentemente tiene lugar un concepto de igualdad generalizada que se sustenta y expresa a través del deber de trabajar que a todos los individuos concierne.

Conciben a la persona como un ser que en parte es moldeado y que en parte es necesario moldear; naturaleza en la cual el poder transgresor es más fuerte que el de obediencia a las normas, donde:

*"Al ser el pasado presente y el futuro estar en el presente,<sup>8</sup> la lectura del que hoy ha robado permite deducir que está forjando un mal futuro.*

*"El que "manda la mano" traducción al castellano de /cuse-kansa/, se iguala o identifica con el /que pasa por el tiempo por sí mismo/. El que actúa desligado, por sí mismo, o hace lo que desea sin control, es decir libremente, no siguiendo los patrones culturales identificados con los deberes sociales de dar y recibir y de trabajar como todos los que pueden hacerlo, ya que es la única opción para tener todos algo, este es identificado como infractor de ese orden y al serlo en el presente, el futuro **le** será y por efecto, **nos será a todos** (sic) desordenado, contrario e irrespetuoso con lo establecido por los mayores, de modo que se le trata como distinto que es y de manera coercitiva, para que se reintegre a prácticas de reciprocidad para **ligarse** y entrar en armonía como sujeto y con la comunidad".*

Es decir, el que transgrede, a más de incumplir con su deber laboral se afecta negativamente a sí mismo y en el mismo sentido afecta al todo social, motivando al

---

<sup>8</sup> Para la Sala esta concepción guarda un significativo parentesco con el concepto de historia que enfatiza Adam Shaff en su obra "Historia y verdad", conforme al cual la historia es un diálogo entre pasado, presente y futuro.



respecto su separación de la comunidad para que ingrese en otro presente que le permita luego reintegrarse armónicamente con los demás.

Los paeces ejercen el llamado derecho de autodisposición, por el cual crean y aplican normas. Conforme a ello, hasta hace poco el robo era castigado con la pena de muerte. Sin embargo, merced a la influencia de la nueva Constitución se ha venido modificando esta medida, aunque la eficacia del cambio no es siempre garantizable, siendo por tanto necesario el que la autoridad proteja la vida del infractor, en este caso la del joven. Pero que en todo caso el conducto regular indica el deber de presentar a la persona ante la Asamblea de la Comunidad para que defina la situación. Así, bajo tales lineamientos el aislamiento a que está sometido el joven del caso en cuestión, tiene como fin su protección.

Entre los paeces un joven de 15 años no es considerado menor de edad, siendo por tanto estimado como un ser capaz, maduro y con proyección de integración social.

Ahora bien, para un ciudadano el robo de una gallina puede carecer de toda trascendencia; por el contrario, para los paeces ese mismo hecho tiene una especial significación por cuanto, de una parte, ellos constituyen una sociedad con un fuerte principio orientado a no tomar lo que no se trabaja; y de otra, por la circunstancia de que la comunidad tiene una economía llamada de *centavo* en la que las gallinas representan liquidez en el mercado para comprar lo que no se produce internamente, como drogas, ropa, petróleo, etc. Por lo cual se impone afirmar que: *“El robo de gallinas es un robo al ahorro preventivo de unos que asumiendo limitaciones lo hacen para sí o para otros que lo requieren; (...)”*. Amén de las categorías simbólicas que comparten las gallinas dentro de dicho grupo humano.

Así, pues, las consideraciones culturales son determinantes de lo que implica el interés superior del joven dentro del caso que nos ocupa. Ambiente dentro del cual los vínculos familiares están ligados a la estructura social, recayendo en los hombres la autoridad, al igual que deberes y derechos. Lugar en el que a la madre le corresponde socializar y sociabilizar al hijo, estimulándole la capacidad para que él pueda llegar a ser un adulto portador de la etnicidad y la cultura Paéz. Esta organización patrilineal genera cohesión y reconocimiento más allá de la familia nuclear, donde los niños y los jóvenes son considerados un vínculo esencial entre grupos patrilocales, *“vínculo que el joven rompió”*.

Por todo lo anterior resulta claro que entre los paeces también campea el principio según el cual el interés general prevalece sobre el interés particular, máxime si se considera que:

*“La cultura paéz da reconocimiento a los derechos de los padres sobre sus hijos para cumplir con funciones sociales, pero controla como colectivo, mediante sus autoridades, ciertas actitudes que manifiestan una fuga del núcleo de deberes frente al todo social. No concederle a la madre el “derecho” de ver a su hijo, como satisfactor de una necesidad emocional, se ve limitado por el deber de la autoridad de evitar ciertos desajustes culturales, es decir la búsqueda de un trato distinto, con significado solo (sic) para su propio bienestar y no el de la comunidad al que está obligada como miembro de este pueblo”*.

La verdad es que con arreglo a las características vistas sobre la cultura Paéz, el aislamiento del joven debe redundar tanto en bien suyo como en el de la propia comunidad indígena; entramado que permite reconocer también cómo a términos de la literatura citadina el joven infractor habrá de rehabilitarse y resocializarse en la senda de una reconciliación del individuo con el todo social. Para lo cual, dentro de dicha cultura el derecho de la madre a ver su hijo debe cederle el paso al interés general de la comunidad en tanto prevención y corrección de desajustes culturales. Resultando patente para la Sala que entre los paeces los valores culturales están por encima de los valores afectivos.

En respuesta a un cuestionario posterior la mencionada antropóloga envió un escrito que dice en lo pertinente:

***“1. Si dentro de la cultura Paéz es normal que una madre no quiera ver a su hijo.***

No es cultural. Desconozco situaciones que puedan empíricamente afirmar que existen razones que conduzcan a esta práctica. La costumbre cultural es de gran cuidado y cercanía a los niños y jóvenes.

**“2. (...) que si esto es así por qué en el presente caso la mamá sí quiere ver a su hijo.**

Al no ser cultural, es de esperarse (estadísticamente en un altísimo porcentaje) que una madre paéz separada de su hijo quiera verlo y estar con él.

**“3. Para el núcleo familiar qué consecuencias puede acarrear la separación madre hijo.**

Es variable y depende de cientos de factores: por muerte de uno de los dos, por distanciamiento dadas condiciones obligatorias en busca de trabajo fuera, de las edades de los involucrados y de las razones de fuerza mayor que eventualmente se presenten, como por ejemplo la necesidad y obligatoriedad de proteger a un joven que pueda encontrarse en peligro de muerte por ser ladrón.

*“Trae efectos individuales por ser motivo de preocupación, desasosiego y angustia para la madre, (es necesario saber si el joven se siente protegido en este caso); al ser la madre separada y vivir en la localidad de su marido (ex – marido) la mano de obra del joven y la obligatoriedad de participar en las relaciones sociales y económicas para dar y recibir pueden verse afectadas. Colectivamente de no ser probado de otra forma la madre está introduciendo una desconfianza y desacato a las autoridades que guían y protegen a su hijo”.*

En diligencia testimonial el joven indígena expresó frente a la pregunta sobre su interés de ver a su señora madre:

*“Pues yo si quisiera verla, la última vez que la vi fue hace como cuatro (4) meses, no la he visto por un problema que yo tengo, y no me dejan verla los del cabildo de Belalcázar”.*

En cuanto a las condiciones en que actualmente se encuentra expresó:

*“Pues yo ahora me encuentro bien, estoy bien alimentado, buena vivienda, y en ocasiones los del cabildo cuando me necesitan me mandan a trabajar en los trabajos que sean como coger café, guachapear o desyerbar, nada más, y hace aproximadamente cuatro (4) meses no veo a mi madre, y solamente una vez mandé una carta de ello hace como 8 meses, y tampoco he recibido ninguna carta de mi madre o familiares, y si quisiera ver a mi madre personalmente ya que hace tiempo no la veo”.*

El señor Sebastián Canas Guegia –Gobernador de Tálaga- en su declaración testimonial afirmó que la madre del joven indígena llevó a éste al resguardo de Tálaga para que no corriera peligro, encontrándose al momento de la entrega él, el comisario Luis Jipiz, la alcaldesa del cabildo Rosa Elena Perdomo y otras personas de cuyos nombres dijo no acordarse, pero que todos eran residentes del resguardo de Tálaga. En relación con la entrega expresó no estar seguro de que existiese algún documento o acta.

El Gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar, señor Marco Tulio Mosquera Yule, en diligencia testimonial manifestó a propósito del anhelado reencuentro de madre e hijo y su eventual incidencia en los valores culturales de la comunidad:

*“Pues en el momento no atenta contra el comportamiento cultural de la comunidad, ni tampoco contra el proceso que se sigue en contra del menor ALBEIRO CASTRO por cuanto el proceso que se le ha seguido al menor en cita ha llegado al punto de una primera audiencia pública y por lo tanto aunque los riesgos de su seguridad siguen pues la situación de peligro ha disminuido, **por lo tanto esta autoridad que represento no ve ningún inconveniente en proporcionarle las entrevistas con sus familiares en el sitio en donde se encuentra retenido**”.* (La Sala destaca).

Finalizó el deponente afirmando que a la fecha no se han entrevistado personalmente madre e hijo, y que solamente han tenido comunicación escrita.

Pues bien, obsérvese cómo el Gobernador del Resguardo de Belalcázar dijo no tener reparo alguno frente al reencuentro que madre e hijo pretenden. Más aún, el Gobernador advirtió expresamente que dicha entrevista no atenta, ni contra el comportamiento cultural de la comunidad, ni contra el proceso que se le sigue al joven. ¿Cabría entonces alguna duda razonable en relación con la viabilidad cultural del pedimento de la actora? Claro que no. Máxime si se considera que la expresada aquiescencia surge directamente de la autorizada voz del Gobernador. Por donde, ¿a guisa de qué se habría de poner en entredicho la posibilidad humanística del anhelado reencuentro?

No obstante la raigambre cultural que entraña la declaración del Gobernador del Resguardo de Belalcázar, la Sala observa que en autos obra a contra pelo el pronunciamiento final de la antropóloga Esther Sánchez Botero, quien al respecto puntualizó:

*“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT ley 21 de 1991, el pueblo indígena es un sujeto de derecho por excelencia. Aunque en el Derecho Occidental moderno el punto de partida es que todo individuo es persona y, por tanto, es sujeto de derechos, el punto de partida del derecho propio de los pueblos indígenas es que el pueblo mismo es la unidad que se constituye como sujeto de derecho.*

*“En esta perspectiva los miembros de una sociedad son sujetos de deberes porque la sociedad misma, es la que tiene los derechos. Esta perspectiva es la base sustantiva para justificar porqué no pueden ser tratados los indígenas como iguales ante la ley”.*

En líneas posteriores prosiguió la antropóloga diciendo:

*“De idéntica manera que un sujeto individual, incluidos obviamente los indígenas como colombianos reclaman protección a sus derechos fundamentales, el nuevo sujeto colectivo como tal, también puede hacerlo. El sujeto colectivo puede reclamar la protección de sus derechos para ser amparados o tutelados”.*

Aplicando al caso de autos los planteamientos expuestos, dijo la antropóloga:

*“Tanto la madre como el niño son sujetos de derecho en la sociedad paéz. La etnografía paéz es amplísima en la definición de derechos a proteger para una madre como para la mujer; como también para la condición de hija, hermana, esposa y miembro del pueblo o para un niño. En su condición de hijo, hermano, primo, etc. Pero, a la luz del caso particular, se tensionan estos derechos como individuos, con el derecho del sujeto colectivo que, en concreto, tiene un sistema de autoridad para ordenar la vida social orientada a existir como distintos. Todo parece indicar que en defensa del niño se imponen los patrones culturales de respeto a la autoridad”.*

*“(…)*

*“Los hombres, entonces, tienen unos deberes y unos derechos que son los que configuran un determinado orden. Ese orden trasciende en la vida económica como indispensable a la vida y al seguimiento de unos principios. Cuidar los niños y los jóvenes entre los paeces, sean hombres o mujeres, hace parte de su convención sobre los niños”.*

A propósito del interés mostrado por madre e hijo para encontrarse, de cara a la eventual lesión de los valores culturales del pueblo paéz, afirmó la antropóloga:

*“Considero que sí lesiona los valores culturales si el encuentro es impuesto y no es concertado entre dos autoridades que se reconocen como tales como mas (sic) adelante lo expondré. Las razones se fundamentan en primer lugar, en la existencia de un orden transgredido que se siente como tal. Esta situación anormal es necesario recomponerla pues no es el desorden de un sujeto solamente, sino el comienzo de una especie de infección que puede contaminar a otros. En segundo lugar, porque para dar salida a la situación se ha aplicado una medida muy fuerte en el uso legítimo de una potestad que aún no se sabe con claridad porque (sic) es precisamente esa medida.*

*“Para dar más argumentos como medio pedagógico para ampliar este planteamiento, pidiendo (sic) excusas por la comparación, es como si en una familia aparece un joven con una enfermedad infectocontagiosa grave, que requiere aislamiento en beneficio de él y del resto de sus parientes según lo sabe un médico. Pero aduce la madre que ella y el joven quieren verse y pone en cuestionamiento la severidad del medio o estrategia escogido por parte del especialista es decir (sic) del que tiene el saber que le orienta a actuar de un determinado modo”.*

En cuanto a la primacía de los valores culturales sobre los valores afectivos señaló la antropóloga:

*“Si considero que esa preeminencia puede llegar hasta el punto de negar tajantemente los valores afectivos”.*

Lo cual es así por cuanto: *“La identificación como medio de cohesión grupal sin identidad reguladora de sus valores, puede desembocar en la barbarie”.* Al efecto recordó el caso de una mujer Curripapo, *“(…) cuyo hijo sufrió grave trauma craneano y se negaba a dejar operar al niño en Bogotá, aduciendo –como es cierto- que los que llegan y se mueren sus cadáveres no regresan porque nadie tiene los recursos para ello. La Defensora mestiza decidió en contradicción con los afectos de la madre, limitar su identificación y dar primacía a los valores culturales de los cuales ella era portadora orientados a proteger al niño”.*

En relación con la viabilidad del encuentro agregó:

*“El encuentro es necesario y valioso hacerlo, respetando la autoridad indígena”.*

Posibilidad que la antropóloga supeditó al siguiente ultimátum:

*¿Cómo lograrlo? Si la sala considera respetable a la autoridad y a la sociedad y cultura paéz respecto del manejo de su orden pero encuentra sopesadamente que esta sociedad puede incorporar un cambio cultural en la forma de implementar el proceso de transformación para el joven y su madre puede solicitar la Sala, como sucedió en el caso de los gemelos uwa, la conformación de una comisión de apoyo al caso para contribuir multiculturalmente a crear las condiciones para que puedan encontrarse madre e hijo. Este diálogo entre Defensor de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y juez y Autoridad indígena, más un grupo de los profesionales indígenas y no indígenas que se considere necesario, podrían contribuir al caso permitiendo “dibujar” esa posibilidad”.*

Culminó la profesional convalidando la frustración del reencuentro anhelado por madre e hijo, ya que en su opinión ello podría incidir positivamente en tanto se estaría reconociendo un orden social distinto, así como su jurisdicción especial. Orden social deseable que contribuye a frenar o prevenir el robo. Y que por esta vía los paeces tendrán claro que la preservación del orden es asunto de todos, habida consideración de sus efectos positivos en la comunidad. En otras palabras, la totalidad debe prevalecer sobre la particularidad, sin mayores miramientos hacia la proporcionalidad de la medida en cuestión (el aislamiento).

El contrasentido cultural que acusa el concepto de la antropóloga no deja el menor resquicio de duda, pues a decir verdad, su disertación no podría desvirtuar en modo alguno la concluyente actitud del Gobernador del Resguardo de Belalcázar, esto es: su ejercicio cultural como mentalidad flexible y cercana a los valores afectivos que informan la condición humana, y que sin perjuicio de la colectividad le da paso al legítimo querer individual. Ciertamente, para él los valores político-culturales no pueden desdibujar los valores afectivos de los individuos de su comunidad.

En torno a esta discusión conviene traer a colación el importante discurso del profesor Juan Antonio García Amado<sup>9</sup>, quien acerca de los derechos colectivos afirma en algunos apartes:

---

<sup>9</sup> Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de León (España).

**“A) Colectivismo radical u organicista:** el bien del ente colectivo, como tal, prevalece sobre la autonomía individual. Es el extremo al que claramente propenden las filosofías entificadoras de los grupos, a las que antes nos referimos. Para estas doctrinas el grupo posee intereses y voluntad propios y específicos, como corresponde a ser el grupo como tal una realidad cuasipersonal y con algún tipo de vida propia. Sus decisiones, por tanto, no se legitiman por corresponderse con los intereses o las voluntades que los individuos perciban como propias, sino por encarnar verdaderamente el interés y voluntad del grupo. El interés y voluntad del grupo representa, al mismo tiempo, el supremo bien para los individuos que lo conforman, pero puede ocurrir que éstos no acierten a captarlo así por algún tipo de defecto moral o cognitivo. De ahí que los sistemas democráticos representativos sean poco estimados por esta concepción, porque pueden conducir a decisiones que, por expresar el sentir de los individuos, no atiendan a las verdaderas necesidades y fines del grupo como tal”.

Prosigue el autor registrando que la relación que se da entre los miembros del grupo y sus dirigentes tiende a explicarse en términos de empatía, predestinación, mesianismo, tradición sagrada, vanguardia, cabeza-cuerpo, pastor-rebaño, élite-masa, cuerpo místico, etc. Y que en términos similares, **“mutatis mutandis, piensan muchos intelectuales románticos de hoy cuando reivindican los derechos colectivos de los pueblos indígenas”**.

Dentro de una perspectiva colectivista más moderada resalta el profesor García:

**“B) Colectivismo paternalista:** el grupo se impone al individuo por razón del propio interés del individuo. Aun cuando no se entifique al grupo y no se lo eleve a organismo suprapersonal con vida propia, como las doctrinas anteriores, y aun cuando se entienda que no hay bien superior que el del individuo, se parte de una noción de dicho bien independiente de los contingentes intereses subjetivos o la aleatoria voluntad del mismo. Lo que sea el bien supremo del individuo es algo que al propio individuo puede resultarle desconocido o, incluso, indeseado. Y además, segundo paso, la consecución de dicho supremo bien individual requiere la cooperación, la acción grupal, colectiva. Gracias, por ejemplo, a la organización en Iglesia salvará el individuo su alma, supremo bien; (...)<sup>10</sup>.

Para poder hablar seriamente de derechos colectivos resulta de capital importancia – según el profesor García- definir la composición que informa la tensión entre el interés y voluntad de cada individuo miembro y el interés y voluntad del grupo. Cometido al cual concurren los textos anteriormente transcritos en vía de ilustración, aunque no de solución definitiva ni satisfactoria.

Por ello mismo se impone reconocer ante todo la multiplicidad de intereses y voluntades que subyacen tanto al ámbito individual como en el espectro grupal. De manera tal que, advirtiendo siempre la existencia de un interés individual o colectivo, se procure hallar la salida más compatible a la realización del individuo como ser social, al propio tiempo que la sociedad se desarrolla en tanto producto natural y finalístico del conglomerado de acciones y reacciones de los asociados. Visión ésta que encuentra amplia correspondencia en el individualismo pragmático que plantea el profesor García en los siguientes términos:

**“C) Individualismo pragmático:** Sólo los individuos están legitimados para definir su interés, pero el grupo es necesario para realizar intereses individuales. Sólo el individuo sabe lo que desea y lo que le conviene, no se reconoce la legitimidad de ninguna persona o grupo para decirle a otra lo que es su bien o su supremo beneficio. Esto tiene como primera consecuencia que la autonomía individual impera sobre cualquier idea de autonomía colectiva o grupal y, en principio, no se reconoce a ésta la capacidad para someter a aquélla. Ahora bien, existen ciertos campos en los que los intereses individuales no se pueden alcanzar o maximizar sin la acción agrupada. Así, los trabajadores no tendrán un salario y unas condiciones de vida dignas sin la unión en sindicatos, los ciudadanos no recibirán determinados bienes básicos (educación, sanidad, infraestructuras, defensa frente a la posible opresión exterior, etc.) sin su organización en Estado. ¿Cómo se salva esa tensión entre lo individual, supremo y

---

<sup>10</sup> Juan Antonio García Amado, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia No. 318.384, Bogotá, junio de 2001, págs. 115 a 117.

colectivo? Haciendo que la voluntad e interés que la acción grupal expresa se formen a partir de la agregación de los intereses y voluntades de cada uno de los individuos. Y, puesto que, como ya sabemos, lo normal es la falta de unanimidad, habrá que adoptar sistemas de decisión mayoritaria y vinculante para las minorías. Mas como el principio legitimador sigue siendo individual, se respetarán ciertas reglas básicas como las siguientes: únicamente se admite la imposición de la regla grupal mayoritaria para asuntos atinentes a esos intereses que sólo pueden alcanzarse o maximizarse por la vía de la actuación colectiva; los individuos que estén en minoría en cada ocasión tienen que ver respetada su autonomía en todo lo que no choque directamente con los ámbitos en que se legitima la decisión mayoritaria; salvo las puras reglas procesales del juego mayoritario, todo lo demás no debe estar sustraído al debate y la decisión autónoma. Y sobre todo: nada hay en el grupo que no sea contingente y explicable sólo en razón de la protección en común de intereses individuales.

*“Como fácilmente se aprecia, con tales planteamientos individualistas es difícilmente compatible un sistema de decisión no democrático. Así como el colectivismo propende al autoritarismo, limitando la libertad individual en pro del grupo, el individualismo demanda la democracia y tiende a someter a ella todo menos el valor mismo del individuo autónomo”.*

Ahora bien, los derechos del hombre, su existencia y su defensa han hecho modificar el sentido de varias relaciones del hombre: 1. La relación entre el poder y la libertad; 2. la relación entre el derecho y el deber; y 3. la relación entre el individuo y la sociedad (o el Estado). Antes se le daba la primacía al poder sobre la libertad y sólo cuando se dio precedencia a la libertad sobre el poder, surgieron los derechos y se pudieron garantizar; en el Estado despótico los individuos no tienen derechos sino deberes; en el Estado absoluto los individuos frente al soberano únicamente tienen derechos privados; y sólo en el Estado de Derecho el individuo tiene ante el Estado no solo derechos privados sino también derechos públicos, son entonces los denominados derechos públicos subjetivos los que caracterizan el Estado de Derecho, que por lo demás le permiten al súbdito transformarse en ciudadano; el Estado de Derecho es entonces el Estado de los ciudadanos. Respecto de la relación entre individuo y sociedad (o Estado), es necesario recordar lo que dice Norberto Bobbio en su escrito intitulado La revolución francesa y los derechos del hombre:

*"Es necesario desconfiar de quien sostiene una concepción antiindividualista de la sociedad. A través del antiindividualismo han pasado todas las doctrinas reaccionarias. Burke decía: "Los individuos desaparecen como sombras; sólo la comunidad es fija y estable". De Maistre decía: "Someter el gobierno a la discusión individual significa destruirlo". Lamennais decía: "El individualismo destruye la idea de obediencia y del deber, destruye el poder y la ley". No sería muy difícil encontrar similares citas en la parte de la izquierda antidemocrática. Al contrario no hay ninguna constitución democrática, comenzando por la de la República Italiana que no presuponga la existencia de individuos singulares, que tienen derechos en cuanto tales. Y cómo se podría afirmar que son "inviolables", sino se presupone que, ¿axiológicamente, el individuo es superior a la sociedad de la cual viene a ser parte?<sup>11</sup>*

En otro escrito de Norberto Bobbio denominado La herencia de la gran revolución, refiriéndose al mismo problema dice:

*"Se trata nada menos de dar cuenta del nacimiento de la concepción individualista de la sociedad y de la historia, que es la antítesis radical de la concepción organicista, según la cual repitiendo una afirmación de Aristóteles, que sería repetida por Hegel, el todo (la sociedad) es anterior a sus partes. Volviendo al revés esta relación entre el todo y las partes, según la concepción individualista de la sociedad y de la historia, el individuo viene primero, la sociedad viene después. La sociedad es para el individuo, no el individuo para la sociedad... En una concepción orgánica de la sociedad el objetivo de la organización política es la conservación del todo. No hay en ella puesto para los derechos que no sólo la preceden si no que pretenden directamente mantenerse fuera de ella y hasta de someterla a las propias exigencias... En una concepción orgánica de la*

---

<sup>11</sup> Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, pág. 116.

*sociedad las partes son en función del todo; en una concepción individualista el todo es el resultado de la libre voluntad de las partes.*"<sup>12</sup>

Es propio también hacer notar que el 24 de octubre del año en curso la doctora Esther Sánchez Botero amplió su concepto en los siguientes términos:

*"El pasado mes dicté en Popayán un seminario sobre PROTECCIÓN A NIÑOS, NIÑAS Y JÓVENES INDÍGENAS, dentro del Proyecto Construcción de Entendimiento Intercultural, que implementa el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para fortalecer la Política de Reconocimiento a los pueblos, con participación de autoridades indígenas de diferentes comunidades paeces y guambianas.*

*"Un ejercicio de los llevados a cabo para aprender a dimensionar los conflictos entre el interés superior del niño y el derecho indeterminado de la cultura giro (sic) alrededor del caso del niño paéz retenido por un robo de gallinas, que se encuentra para revisión en la Corte.*

*"Quiero expresarle –como ampliación del peritaje que he realizado- que el caso fue considerado por la totalidad de las autoridades y de los miembros de la comunidad que también asistieron en primer lugar como desconocido (sic), lo cual no es normal en sociedades cara a cara. Adicionalmente todos, sin excepción, consideraron irregular privar de la posibilidad de verse madre e hijo, sanción no utilizada anteriormente.*

*"Las reflexiones que se dieron respecto del debido proceso fueron. El niño de 15 años es pensado como adulto. Sólo por unas horas se guarda una (sic) persona que ha cometido un delito. Si un caso es muy grave se consulta con otras autoridades para conseguir pruebas y definir la gravedad del caso. Este paso no se da cuando la autoridad tiene claro el panorama y entonces cita a la comunidad para enterarla y que esta (sic) decida que (sic) sanciones debe recibir el sujeto transgresor. Siendo tan grave la sanción es porque el caso es grave y entonces la autoridad debería haber contado con estas instancias".*

Como puede observarse la sanción no se había utilizado anteriormente, siendo la primera vez que se usa y en consecuencia no forma parte de las tradiciones de la comunidad indígena.

La perito señala como en casos de sanciones graves es necesario seguir el procedimiento de consulta con otras autoridades; procedimiento que en este caso no surgió.

Asimismo, en desarrollo de todo lo anterior – y retornando al caso concreto- se puede admitir que el menor se halla en condiciones de seguridad y respeto acordes con su derecho a una vida digna. Sin embargo, ocurre que ese no es el quid de la discusión, pues como claramente resulta, en el caso de autos la peticionaria no está cuestionando las condiciones materiales y espirituales en que se pueda encontrar su hijo, sino la imposibilidad en que la han puesto las autoridades indígenas para tener contacto personal con él. Y esto es así por cuanto si bien ella entregó por su propia iniciativa y voluntad a su hijo, posteriormente, el peso de la ausencia del menor fue minando sus sentimientos maternos como un torbellino de incertidumbres que puso en barrena sus esperanzas de volverlo a ver. Concurrentemente obra la declaración de su hijo Albeiro, quien manifestó de viva voz su deseo de ver a su mamá, anhelo no logrado en razón de las restricciones impuestas por las autoridades del Cabildo de Belalcázar.

Esta necesidad afectiva que conmueve a la madre y al hijo pone en la balanza de la justicia indígena el derecho de ella a ver su hijo y los valores de cultura superior vinculados a la honradez y a la integración social. Parangón que debe desarrollarse a

---

<sup>12</sup> Norberto Bobbio , L'età dei diritti, págs. 126 y 127

través de una solución que salvaguarde tanto los fines correctivos y de armonización social del pueblo Paéz, como los valores afectivos que nutren el núcleo familiar, toda vez que ello contribuye categóricamente al mantenimiento de la unidad y cohesión de dicha cultura. Por consiguiente, la Sala estima que una solución equitativa para el caso de autos debe conducir a que bajo el respeto y acatamiento que merece el proceso de armonización del joven, él y su mamá puedan encontrarse personalmente, con la regularidad que convenga a la seguridad de los dos, en el sitio, hora y bajo las condiciones naturales que las normas comunitarias aconsejen. Sin perjuicio de las demás formas de comunicación, que como la escrita, puedan utilizar la madre y el hijo durante el período de aislamiento físico. Claro es que una decisión en contrario pondría en entredicho la validez de una medida indigenista que merced a la rigidez del apartamiento en el tiempo, lejos de contribuir a la cohesión del núcleo familiar y al reconocimiento de la autoridad indígena, provocaría en la actora inevitables sentimientos de inconformidad contra la forma en que se administra justicia por parte del Gobernador del Resguardo, así como desoladores quebrantos de su sentido de unidad y pertenencia filial.

Ahora bien, tal como se ha reseñado, lo que la actora pretende reivindicar primeramente no es el desacato a la autoridad indígena, sino su **derecho** a encontrarse con su hijo, a compartir con él algunos espacios, a que se rompa la incomunicación en que los tienen sumidos en virtud de una medida que ella no acaba de entender. Derecho éste que a la luz del debido proceso merece la mayor protección bajo el entendido de que las funciones jurisdiccionales propias de las autoridades indígenas deben operar en armonía con la Constitución y la ley, esto es, respetando el debido proceso que aún bajo el imperio de la tradición demanda la salvaguarda de la integridad del núcleo familiar, de suyo célula de los grupos humanos. Así, pues, el debido proceso, sin perjuicio de la autonomía reconocida constitucionalmente a favor de la jurisdicción indígena, comporta unas restricciones mínimas ligadas a la **previsibilidad** que debe informar el conjunto normativo y procedimental de dicha jurisdicción. Previsibilidad que al amparo de la racionalidad, la objetividad y la proporcionalidad no puede desatender los valores de cultura superior que precisamente aseguran y protegen la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo humano que invariablemente se forma a partir de los individuos como seres sociales que son.

Debe advertirse también que la demandante es una persona perteneciente al grupo indígena del resguardo de Belalcázar, quien por conocer los principios y costumbres de convivencia del grupo expresa su sentimiento como **valor de cercanía** para con su hijo, afecto que se aviene nítidamente a los valores colectivos que alientan el proceso de armonización. Por ello mismo, el hecho de que la madre haya entregado motu proprio a su hijo no significa en modo alguno que ella hubiera perdido todo interés de volverlo a ver. Siendo concluyente también la prueba que obra en autos en el sentido de que el joven quiere ver a su madre, al igual que la declaración aquiescente del Gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar, todo lo cual concuerda con el principio de unicidad familiar que los paeces cultivan en aras de la integración social. Por lo tanto, en justicia no sería dable soslayar el anhelo que anima a madre e hijo en cuanto a la posibilidad de reencontrarse, y de ser dable, permanecer juntos.

Evidente es entonces que la comunicación a que tienen derecho la demandante y su hijo es material y espiritual, por lo que resulta obvio que a más de las respectivas entrevistas personales, a ella se la debe mantener informada tanto sobre el lugar y condiciones de existencia de ALBEIRO CASTRO PARDO como sobre el estado actual del proceso que se le sigue.

Por consiguiente la Sala revocará la sentencia de instancia, decidiendo en su lugar lo pertinente, previo levantamiento de la suspensión de términos decretada mediante auto del 4 de mayo de 2001.

## DECISION

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



## RESUELVE:

**Primero.- Levantar** la suspensión de términos decretada mediante auto del 4 de mayo de 2001.

**Segundo.-Revocar** la sentencia del 18 de octubre de 2000 proferida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Belalcázar (Cauca), por la cual se denegó la protección del derecho al debido proceso dentro de la acción de tutela instaurada por la señora EDILMA PARDO VALENCIA contra el Cabildo Indígena de Belalcázar.

**Tercero.-** En su lugar, **conceder** a la actora la tutela del derecho al debido proceso en los términos vistos.

**Cuarto.-** Ordenar al Gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia le permita a ALBEIRO CASTRO PARDO entrevistarse con su señora madre, bajo las condiciones de seguridad, protección y reserva que aconsejen las circunstancias. Asimismo, y con la periodicidad que aconsejen las condiciones de seguridad el Gobernador deberá mantener la orden de entrevista personal entre madre e hijo, hasta tanto culmine el proceso de armonización que actualmente se surte, con el subsiguiente retorno del joven a su hogar.

**Quinto.-** Ordenar al Gobernador del Resguardo Indígena de Belalcázar que dentro de los mismos términos ya estipulados mantenga informada a EDILMA PARDO VALENCIA sobre cualquier novedad en relación con su hijo y sobre el estado actual del mencionado proceso.

**Sexto.-** Por Secretaría, librese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

JAIME ARAUJO RENTERÍA  
Magistrado Ponente

ALFREDO BELTRÁN SIERRA  
Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado

MARTHA SÁCHICA DE MONCALEANO  
Secretaria General

## **Aclaración Especial de voto a la Sentencia T-1127/01**

### **JURISDICCION INDIGENA-Colocación de valores afectivos por encima de valores culturales de la comunidad (Aclaración Especial de voto)**

*Lo que hace la sentencia es colocar los valores afectivos de la madre por encima de los valores culturales de la comunidad, para así justificar luego el reencuentro de la misma con su hijo. Esta decisión, aunque loable a los ojos del fallador coloca los valores afectivos estimados desde la perspectiva occidental, como fundamento de la decisión y los eleva por encima de la cosmovisión paéz.*

### **JURISDICCION INDIGENA-Respeto a la autonomía/JUEZ CONSTITUCIONAL-Parámetros para resolver conflictos interculturales (Aclaración Especial de voto)**

*La fundamentación de la decisión significa sin duda un viraje respecto a la jurisprudencia de la Corte en materia de constitución, pluralismo y respeto a las culturas indígenas. Si bien existen tensiones entre el ejercicio de los derechos fundamentales y los derechos de los pueblos indígenas o de sus miembros, así como entre la jurisdicción general – aquí la constitucional – y la jurisdicción especial indígena, lo cierto es que la jurisprudencia ha avanzado bastante al establecer criterios objetivos para la resolución de esas tensiones. Así, en el fallo conocido como de los “fuetazos”, en el que la Corte encontró compatible con la Constitución y los derechos fundamentales mínimos la práctica cultural de la comunidad de castigar pública y simbólicamente a la persona del infractor mediante la aplicación de latigazos, la Corte fijo algunos parámetros que debían tenerse en cuenta por el juez constitucional a la hora de resolver conflictos interculturales. Se desconocieron las propias “normas” de la comunidad indígena para la tramitación del proceso, razón que me ha llevado a presentar aclaración especial de voto al presente fallo, lo cierto es que la mayoría pasó por alto, sin ni siquiera mencionarlo, tanto la aplicación de los criterios de maximización de la autonomía de la comunidad indígena paéz, como los requisitos que podrían justificar excepcionalmente una limitación de dicha autonomía.*

Referencia: expediente T-407143

Acción de tutela incoada por Edilma Pardo Valencia contra el Cabildo Indígena de Belalcázar (Centro-Cauca).

Magistrado ponente:  
Dr. Jaime Araujo Rentería

Aun cuando comparto la parte resolutoria de la sentencia T-1127 de 2001 en el sentido de que se vulneró el derecho al debido proceso, entendido a partir de la visión propia de la comunidad, del señor Albeiro Castro Pardo en el trámite del proceso seguido por la comunidad indígena en ejercicio de las competencias jurisdiccionales reconocidas en la propia Constitución, y considero acertada la revocatoria del fallo de instancia y el otorgamiento de la tutela solicitada por la actora a nombre de su hijo, quien se encontraba aislado de su familia y bajo el cuidado de las autoridades indígenas mientras se le seguía una investigación relativa al robo de unas gallinas, consigno a continuación las razones por las cuales respetuosamente discrepo de algunos apartes de la fundamentación de dicha sentencia:

1.- Si bien la sentencia pretende ser respetuosa de la diversidad cultural de la comunidad Paéz y dejar incólumnes las concepciones de mundo y las competencias constitucionales (jurisdicción indígena) en materia del juzgamiento de las infracciones de sus propios miembros, lo cierto es que algunas consideraciones tienden a imponer valores, principios, visiones de lo que es debido de la cultura “hegemónica” a la comunidad indígena, más allá de lo que la jurisprudencia ha denominado el núcleo mínimo de derechos, lo que no se compadece con la forma de Estado pluralista que caracteriza nuestra organización política (art. 1 C.P.) y con el respeto a la diversidad cultural (art.7 C.P.). La anterior afirmación se basa en los siguientes elementos:

a. El raciocinio del fallo pasa por juicios de valor desde una perspectiva cultural diferente a la Paéz. Por ejemplo, pese al concepto antropológico en el sentido de que para los paeces los valores culturales pesan más que los valores afectivos cuando se trata de medidas adoptadas para corregir una conducta atentatoria de sus normas y tradiciones, lo que justificaría una separación temporal de madre e hijo, la Corte hace manifestaciones como las siguientes:

“si bien ella (la madre) entregó por su propia iniciativa y voluntad a su hijo, posteriormente, el peso de la ausencia del menor fue minando sus sentimientos maternos en un torbellino de incertidumbres que puso en barrena sus esperanzas de volverlo a ver. Concurrentemente obra la declaración de su hijo Albeiro, quien manifestó de viva voz su deseo de ver a su mamá, anhelo no logrado en razón de las restricciones impuestas por las autoridades del Cabildo de Belalcázar.

Esta necesidad afectiva que conmueve a la madre y al hijo pone en la balanza de la justicia indígena el derecho de ella a ver a su hijo y los valores de cultura superior vinculados a la honradez y a la integración social. Parangón que debe desarrollarse a través de una solución que salvaguarde tanto los fines correctivos y de armonización social del pueblo Paéz, como los valores afectivos que nutren el núcleo familiar, toda vez que ello contribuye categóricamente al mantenimiento de la unidad y cohesión de dicha cultura.” (se subraya fuera de texto).

Es claro entonces que estas consideraciones colocan por encima de las prácticas judiciales de la comunidad indígena los afectos materno-filiales que ve en las manifestaciones de deseo de la madre de reencontrarse con su hijo, a quien había entregado voluntariamente para que se sometiera a un proceso que tendría como objetivo devolverlo luego al seno de la colectividad sin que corriera riesgo su vida por los hechos que se le indilgaban, ya que el aislamiento temporal cumple en la comunidad paéz una función de protección del investigado, no de represión, según el concepto antropológico que obra en el expediente.

Por otra parte, el fallo interpreta las declaraciones del gobernador del cabildo de Belalcázar una prueba significativa para analizar el debido proceso cuando manifestó que a esa altura del proceso correccional seguido al menor no se oponía al reencuentro de madre e hijo en el sitio de su retención, en un sentido que diluye la presunta tensión entre los valores afectivos y los valores culturales, lo que no es claro desde la perspectiva del dictamen pericial. La ponencia se prende de esta afirmación para sostener que en la cultura paéz los sentimientos maternos también son prevalentes, por lo que la separación y el aislamiento del hijo no estaría justificada desde los valores mismos de la comunidad. Pero con este tratamiento del caso, lo que hace la sentencia es colocar los valores afectivos de la madre por encima de los valores culturales de la comunidad, para así justificar luego el reencuentro de la misma con su hijo. Esta decisión, aunque loable a los ojos del fallador coloca los valores afectivos estimados desde la perspectiva occidental, como fundamento de la decisión y los eleva por encima de la cosmovisión paéz.

b. Las citas de pensadores como Norberto Bobbio o de autores como Juan Antonio García Amado para justificar la precedencia del individualismo sobre el colectivismo o la preferencia de los derechos individuales sobre los derechos colectivos, son argumentos de autoridad inadecuados para abordar el alcance de los derechos humanos, en especial los fundamentales, frente a los principios constitucionales del pluralismo, la diversidad cultural y el respeto a la diferencia. Tales autores recogen una tradición occidental importante en la evolución del discurso de los derechos humanos y fundamentales, que sin duda tiene influencia en el constitucionalismo de los países latinoamericanos por los lazos occidentales comunes, pero que de ninguna manera puede ni debe trasladarse sin más a la jurisprudencia constitucional colombiana incurso en el desarrollo de un proyecto político pluralista, participativo y respetuoso de las diferencias culturales de las comunidades que integran la población colombiana, para responder a las especificidades de nuestro contexto y de nuestra historia.

Considero que la Corte puede citar autores, nacionales y extranjeros, de acuerdo con unos criterios que no es del caso mencionar. Sin embargo, los párrafos citados en esta oportunidad representan un desarrollo de principios constitucionales. En efecto, la cita de Norberto Bobbio es una defensa de la herencia de la revolución francesa, en especial de su “concepción individualista de la sociedad”. Es claro que las herramientas conceptuales del constitucionalismo liberal individualista – muy valiosas en ciertos ámbitos – son insuficientes para analizar en toda su complejidad el problema de la relación entre la cultura de los pueblos indígenas y el ordenamiento jurídico nacional como expresión de una cultura diferente. En mi opinión, el liberalismo en este punto no es tan pluralista, ni tan tolerante, ni tan respetuoso de la autodeterminación, ni tan protector del valor de la autonomía. Otros autores han abordado el punto, aún desde la perspectiva liberal, sin caer en el individualismo.<sup>13</sup> Igualmente, la cita de García Amado ilustra la intensidad entendible de la controversia entre individuo y colectividad en el contexto histórico europeo, donde colectivismo ha significado totalitarismo o fascismo y por lo tanto opresión, represión, negación de la pluralidad. Pero en nuestro contexto, en nombre de la concepción de República Unitaria y de conformación de una sola Nación se dejaron de reconocer los derechos básicos de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas y, desde esa perspectiva, hubo opresión, represión y negación del pluralismo. La Constitución de 1991 dio un gran salto jurídico y conceptual para tratar de saldar una deuda histórica y proteger efectivamente la diversidad étnica y cultural.

c. Algunos considerandos abordan la problemática del pluralismo y la diversidad cultural desde la óptica del liberalismo individualista sin escatimar que tal acercamiento carece de los elementos metodológicos necesarios para resolver los conflictos que pueden presentarse entre culturas, específicamente en el ejercicio de las competencias jurisdiccionales.

d. Tampoco se compeadece con la contribución y la seriedad de la perito consultada por la Corte, la descalificación de la cual es objeto su concepto cuando en el fallo se afirma: “El contrasentido cultural que acusa el concepto de la antropóloga no deja el menor resquicio de duda, pues a decir verdad, su disertación no podía desvirtuar en modo alguno la concluyente actitud del Gobernador del Resguardo de Belalcázar, esto es: su ejercicio cultural como mentalidad flexible y cercana a los valores afectivos que informan la condición humana, y que sin perjuicio de la colectividad le da paso al legítimo querer individual”.

Además de lo ya dicho respecto de cómo el fallo interpretó la declaración del Gobernador indígena, nuevamente se observa el sesgo al abordar e intentar resolver el conflicto entre las normas culturales que ordenan el aislamiento del menor infractor y los deseos de la madre de reencontrarse con él desde una concepción individualista: los valores afectivos, ahora elevados a valores propios de la “condición humana”, y particularmente “el legítimo querer individual”, son colocados por encima del sentido y valor de “lo bueno” según la colectividad. Sin tomar partido por una solución o la otra, lo cierto es que el fallo muestra más el afán de “naturalizar” determinados valores individuales como inherentes a la “condición humana”, con lo que se le resta valor a la diversidad.

2.- La fundamentación de la decisión significa sin duda un viraje respecto a la jurisprudencia de la Corte en materia de constitución, pluralismo y respeto a las culturas indígenas. Si bien existen tensiones entre el ejercicio de los derechos fundamentales y los derechos de los pueblos indígenas o de sus miembros, así como entre la jurisdicción general – aquí la constitucional – y la jurisdicción especial indígena, lo cierto es que la jurisprudencia ha avanzado bastante al establecer criterios objetivos para la resolución de esas tensiones. Así, en el fallo conocido como de los “fuetazos”, en el que la Corte encontró compatible con la Constitución y los derechos fundamentales mínimos la práctica cultural de la comunidad de castigar pública y simbólicamente a la persona del infractor mediante la aplicación de latigazos, la Corte fijo algunos parámetros que debían tenerse en cuenta por el juez constitucional a la hora de resolver conflictos interculturales. Sostuvo la Corte en dicha oportunidad:

---

<sup>13</sup> Por ejemplo, Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural: una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona: Paidós, 1996; Charles Taylor, *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*, Fondo de la Cultura Económica, México, 1993.

“(E)l 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.

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 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 diferencias 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."<sup>14</sup>

La anterior jurisprudencia fue elevada al rango de jurisprudencia de unificación mediante sentencia SU-510 de 1998,<sup>15</sup> lo que otorga a esta doctrina constitucional un mayor alcance normativo. Dijo la Corte constitucional en la mencionada sentencia unificadora:

"49. 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."<sup>16</sup>

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

En segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad."<sup>17</sup>

A la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, es manifiesto que la fundamentación del fallo no se preocupó por valorar plenamente el respeto a la diversidad étnica y cultural cuando impone su propia visión de lo valioso – primacía del individuo sobre la comunidad – en el examen de las conductas presuntamente violatorias de los derechos fundamentales. Si bien existen elementos en el proceso – en particular el dictamen pericial en el que se resume la opinión de miembros de la propia comunidad indígena que manifestaron su extrañeza frente a las medidas tomadas – que permiten concluir que en efecto en el procedimiento seguido al menor Albeiro Castro Pardo se desconocieron las propias "normas" de la comunidad indígena para la tramitación del proceso, razón que me ha llevado a presentar aclaración especial de voto al presente fallo, lo cierto es que la mayoría pasó por alto, sin ni siquiera mencionarlo, tanto la aplicación de los criterios de maximización de la autonomía de la comunidad indígena paéz, como los requisitos que podrían justificar excepcionalmente una limitación de dicha autonomía.

---

<sup>14</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>15</sup> M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>16</sup> ST-349/96 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

<sup>17</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-510 de 1998, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Fecha ut supra,

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA  
Magistrado