

Derecho indígena en Colombia: avances, principios y retos hacia la protección de los derechos culturales y territoriales

Indigenous law in Colombia: advances, principles and challenges towards the protection of cultural and territorial rights

Jose David Guerra-Bonet¹  Katherine Lidys Ospina-Vellojín²  & Solvey Lorena Estrada Arrieta³ 

^{1,3} Universidad de Cordoba - Colombia

² Universidad Santo tomas - Colombia



Para citaciones: Guerra Bonet, L., Ospina Vellojín, K., & Estrada Arrieta, S. (2024). Derecho indígena en Colombia: avances, principios y retos hacia la protección de los derechos culturales y territoriales. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, 16(32), 8-32. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.16-num.32-2024-4755>

Recibido: 22 de octubre de 2023

Aprobado: 30 de noviembre de 2023

Editor: Jorge Pallares Bossa. Universidad de Cartagena-Colombia.

Copyright: © 2024. Guerra Bonet, L., Ospina Vellojín, K., & Estrada Arrieta, S. Este es un artículo de acceso abierto, distribuido bajo los términos de la licencia <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/> la cual permite el uso sin restricciones, distribución y reproducción en cualquier medio, siempre y cuando que el original, el autor y la fuente sean acreditados.



RESUMEN

La Constitución Política de Colombia reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación. No obstante, en la práctica existe un precario cumplimiento material de ese deber. En parte por cambios legislativos contra las garantías constitucionales de los pueblos indígenas; por otra, algunos fallos judiciales que manifiestan ciega obediencia al formalismo jurídico en abierto desconocimiento de los derechos sustanciales que les asiste a dichos pueblos. En este artículo se reflexiona acerca del desarrollo del derecho indígena en Colombia, centrándose en los avances, principios y retos que han surgido en la protección de los derechos culturales y territoriales de las comunidades indígenas. Además, se busca analizar las implicaciones legales y los efectos en los derechos de las comunidades indígenas en casos específicos. Se justifica por la necesidad de comprender y evaluar el marco jurídico existente en relación con los derechos indígenas, con el fin de identificar áreas de mejora y fortalecimiento. Se observa que el desarrollo del derecho indígena en Colombia ha experimentado avances significativos en la protección de los derechos culturales y territoriales de las comunidades indígenas. Sin embargo, persisten retos importantes en cuanto a la aplicación efectiva de los principios y reglas establecidos, especialmente en lo que respecta a la consulta previa y el otorgamiento de licencias ambientales.

Palabras clave: No me quemes Nemequeme; microrrelato; derecho no escrito; derecho indígena; maximización de la autonomía; principio de diversidad étnica y cultural; debido proceso.

ABSTRACT

The Political Constitution of Colombia recognizes and protects the ethnic and cultural diversity of the nation. However, in practice there is a precarious material fulfillment of this duty. This is partly due to legislative changes against the constitutional guarantees

¹ Abogado, Ingeniero de Control Universidad Nacional de Colombia, Esp. Contratación Estatal, Mg. Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Derecho Procesal, Magister (c) en Matemáticas Aplicadas, Doctor (c) en Derecho, U. Externado. joseguerrab@correo.unicordoba.edu.co

² Abogada litigante, representante legal (s) de Guerra Bonet & Asociados S.A.S, Esp. Derecho Administrativo, Mg. Derecho Público de la Universidad del Norte, Doctorando en Derecho Público 2022-2024, U. Santo Tomás. katherine.ospina@usantoto.edu.co

³ Abogada litigante, Conciliadora Extrajudicial en Derecho, investigadora, docente ocasional de la Universidad de Córdoba, Especialista y Magíster en Derecho Civil y de Familia, Universidad del Norte. solveyestrada@correo.unicordoba.edu.co

of indigenous peoples; on the other hand, some judicial rulings that show blind obedience to legal formalism in open disregard of the substantive rights of indigenous peoples. This article analyzes the development of indigenous law in Colombia, focusing on the advances, principles and challenges that have arisen in the protection of the cultural and territorial rights of indigenous communities. In addition, it seeks to analyze the legal implications and effects on the rights of indigenous communities in specific cases. It is justified by the need to understand and evaluate the existing legal framework in relation to indigenous rights, in order to identify areas for improvement and strengthening. It is noted that the development of indigenous law in Colombia has experienced significant advances in the protection of the cultural and territorial rights of indigenous communities. However, important challenges persist in terms of the effective application of the established principles and rules, especially with regard to prior consultation and the granting of environmental licenses.

Keywords: Don't Burn Me Nemequeme; microstory; unwritten law; indigenous law; maximization of autonomy; principle of ethnic and cultural diversity; due process.

INTRODUCCIÓN

EL DESEO DE SER UN INDIO

Si pudiera ser un indio, ahora mismo, y sobre un caballo a todo galope, con el cuerpo inclinado y suspendido en el aire, estremeciéndose sobre el suelo oscilante, hasta dejar las espuelas, pues no tenía espuelas, hasta tirar las riendas, pues no tenía riendas, y sólo viendo ante mí un paisaje como una pradera segada, ya sin el cuello y sin la cabeza del caballo.

Franz Kafka

La Constitución Política de 1991 reconoce y respeta la diversidad étnica y cultural de Colombia como respuesta a los abusos, prejuicios y perjuicios sufridos por los pueblos indígenas y aborígenes del país. Esta protección se encuentra plasmada en los artículos 7°, 8°, 72 y 329, que abordan la diversidad étnica y cultural de la nación, la preservación de las riquezas naturales y culturales, el reconocimiento del patrimonio cultural de la Nación y la conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales, (Sentencia T - 342, 1994). Sin embargo, es un reconocimiento que ha estado en una pugna asimétrica con la necesidad de establecer un plan para gestionar y utilizar de manera adecuada los recursos naturales en dichos territorios, con el fin de asegurar su desarrollo sostenible, preservarlos, restaurarlos o reemplazarlos en caso necesario, consagrado en el artículo 80 de la Constitución.

Con el objetivo de lograr un equilibrio, el constituyente señala en el artículo 330 que las decisiones que se tomen respecto a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, el gobierno propiciará su participación para que se haga “sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas”.

En Auto 004 del 26 de enero de 2009, el cual da seguimiento a la sentencia T-035 de 2004, la Corte Constitucional reconoce que el conflicto armado es la causa por la que algunos pueblos indígenas de Colombia están en peligro de ser exterminados, víctimas de violaciones de derechos fundamentales tanto individuales como colectivos del Derecho Internacional Humanitario. Por ello, le es dable a la población indígena exigir al Estado su atención en cuanto a la prevención y disminución de riesgos de exterminación, por lo cual se espera que haya efectividad en el ejercicio de sus derechos.

El pueblo indígena Emberá Katío del Alto Sinú habita en afluentes del Río Sinú: ríos Verde, Esmeralda y Manso, en el Resguardo Emberá Katío del Alto Sinú, jurisdicción de los municipios de Tierralta, departamento de Córdoba, e Ituango, departamento de Antioquia. Son 26 comunidades que se distribuyen en las cuencas del Río Sinú, Río Verde, Río Esmeralda.

Estas comunidades han enfrentado varios desafíos en la defensa de sus derechos y su territorio, incluyendo la explotación minera, la tala de bosques, la construcción de represas hidroeléctricas y la presencia de grupos armados ilegales. La Sentencia T-652 de 1998 de la Corte Constitucional de Colombia ordenó al Estado colombiano tomar medidas para proteger y garantizar los derechos fundamentales de los Emberá Katíos del Alto Sinú, incluyendo el derecho al territorio, la protección de la cultura y la autonomía política.

Esta sentencia es considerada una de las más importantes en la historia de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, ya que estableció importantes precedentes en la jurisprudencia constitucional relacionada con la protección de los derechos colectivos y la consulta previa. Se ordenó adoptar medidas para proteger los derechos colectivos de la comunidad indígena Embera Katío del Alto Sinú, en particular, sus derechos a la propiedad territorial, la autodeterminación, la autonomía y la consulta previa. La Corte reconoció que la construcción de la represa Urrá I en el territorio de la comunidad había violado estos derechos, y ordenó al Estado tomar medidas para garantizar la restitución de la tierra a la comunidad y reparar los daños causados.

Además, la sentencia estableció que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes en Colombia, y que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectiva implementación. La Corte enfatizó que la consulta previa debe ser realizada de buena fe, de manera previa, informada, culturalmente adecuada y con la participación efectiva de los pueblos afectados.

Pese al carácter indemnizatorio de la mencionada sentencia, miembros del Cabildo mayor Río Verde de la comunidad indígena Doza, expresan que sienten abandonó a su voz para que conozcan sus intereses, problemáticas causadas en el medio en el que se desempeña en este momento; manifiestan que se ven limitados al no tener una inclusión del 100%, dejando desprotegidos sus intereses como comunidad. Esto ha motivado a que en esta investigación se

identifique principios y reglas de decisión aplicadas por la Corte Constitucional, con el fin de promoverlas y sean aplicadas tanto por las comunidades indígenas interesadas como los jueces locales que avoca conocimiento del proceso constitucional, considerando que las decisiones tomadas por la Corte Constitucional “son fuertes referentes tanto para jueces como abogados litigantes, luego, tienen la capacidad de influir en un gran número de expectativas y de acciones”, (Guerra-Bonet & Ospina Vellojín, 2023).

Por otro lado, el debido proceso es la columna vertebral de un Estado Social de Derecho, consagrado como un derecho fundamental en nuestra Constitución, condicionado al respeto de otros derechos fundamentales, como la dignidad humana y la libertad, en pro del bien común, en búsqueda de la paz y la justicia social, es aplicable tanto para actuaciones administrativas como judiciales. Hay diversas maneras en las que puede vulnerar este derecho, a través del distanciamiento de sus principios integradores, tales como: el principio de legalidad, el principio de publicidad, el principio del juez natural, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, el principio de celeridad, el principio de doble instancia y el principio de prevalencia de las normas sustanciales. Estos principios pueden advertirse en el artículo 29 de la Constitución, y su objeto alude al logro de un derecho material de manera oportuna y objetiva a través de una correcta aplicación de reglas procesales.

El propósito de esta investigación es determinar principios y reglas de decisión que ha tenido el jurisprudente para respetar el debido proceso y garantizar el acceso a la justicia para las comunidades indígenas; servir de base para que, ante fenómenos sociales relacionados con el ejercicio de sus derechos sus derechos, puedan plantear reclamaciones fundadas en estas reglas y principios jurisprudenciales para su adecuada protección, en consecuencia, alterar de manera positiva su realidad social. Esto sería de gran utilidad también para los juzgadores, que podrían no tener claridad en las reglas aplicables para protección de garantías política y jurídicas de estas comunidades indígenas. Así, la población indígena desplazada consolidaría sus costumbres que, gradualmente, muestra una pérdida de identidad cultural, y cada vez más un alto riesgo de llegar a su exterminio. Se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿Cuál es el estado actual del desarrollo del derecho indígena en Colombia y cómo se han aplicado los principios y reglas para proteger los derechos culturales y territoriales de las comunidades indígenas?

Para ello, se tiene como objetivo estudiar las sentencias que consideremos más relevantes y se relacionen con la autonomía y autodeterminación de comunidades indígenas en Colombia. Se procederá a identificar las normas y principios constitucionales y legales aplicables en los casos relacionados con las garantías políticas y jurídicas de los indígenas colombianos. Finalmente, se quiere extraer una regla global para la toma de decisiones en casos que se pida la protección de derechos fundamentales de estas comunidades, y analizar una sentencia de un tribunal local.

El derecho de los pueblos indígenas en Colombia

Tanto la política como la legislación indígena colombiana han sufrido cambios de paradigma desde la Independencia hasta ahora. Su situación jurídica se regula por normas nacionales, internacionales, y también por sus derechos autónomos, siendo el Convenio OIT 169 de 1989, el instrumento jurídico con mayor alcance en materia de protección de los derechos humanos de los indígenas (Semper, 2018, págs. 341-342).

Esta investigación no tiene por objeto discutir acerca del término adecuado, *derecho de indio* o *derecho indígena*, sin embargo, acoge la expresión *derecho indígena*, entendido como “conjunto de normas eficaces en comunidades que contienen, en grado variable, elementos culturales indígenas (...)” (Correas, 1994).

En Colombia, el derecho indígena, gradualmente se ha ido desarrollando jurisprudencialmente, dando referencias para eventuales fallos relacionados con el ejercicio y goce de derechos por parte de estas comunidades. Así, en (Sentencia T-605, 1992), jurisprudencialmente se reconoce por primera vez la diversidad étnica y cultural como principio⁴, teniendo su fundamento en el artículo 7 de la Constitución, en el cual el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación.

Afirma que “la sensibilidad del juez hacia los problemas constitucionales es una virtud imprescindible en la tarea de hacer justicia. Las decisiones jurídicas deben respetar el principio de legalidad y a la vez ofrecer una solución real a los conflictos sociales”. Aquí, la Corte Constitucional, enfatizó en la importancia del respeto al *principio de legalidad*, y de la interpretación ante la deficiencia de la ley misma a la resolución de conflictos en una sociedad cuya realidad es dinámica, pues no es posible que el legislador pudiese prever todos los casos susceptibles de regulación.

Esta sentencia trata de la acción de tutela interpuesta por los señores Lucio Quintero Rincón y José Torregrosa Mercado, en su calidad de presidentes de la Junta de Acción Comunal de la vereda de Mendiguaca y del Comité de Pescadores de la Poza de Mendiguaca, respectivamente. El objetivo de la tutela era obtener el acceso a la playa a través del predio conocido como Playa Rica, anteriormente denominado "La Beatriz", "Carmelita" o "Guachaca", para los habitantes de la vereda de Mendiguaca. Los demandantes invocan la vulneración de varios derechos constitucionales, incluyendo los derechos a la vida, la paz, el trabajo y los derechos de los niños.

Según la apoderada de los peticionarios, la base de subsistencia de alrededor de quince familias de la vereda de Mendiguaca era la pesca artesanal. El

⁴ En sentencia T-646 de 2014, esta misma Corte hace una ampliación del fundamento constitucional del cual deriva el *principio de diversidad étnica y cultural*: artículo 1°, artículo 7° y artículo 8°, los cuales procuran proyectar en el plano jurídico el carácter democrático.

incremento de la pesca y la posibilidad de su explotación comercial llevó a las familias de la zona a organizarse en el "Comité de Pescadores la Poza de Mendiguaca". La apoderada describió la forma en que los pobladores de Mendiguaca tenían acceso al mar. Para llegar al Mar Caribe y poder realizar sus labores pesqueras, los pobladores de Mendiguaca atravesaban la carretera troncal del caribe, tomaban una vía de acceso a la playa que había sido tradición por más de medio siglo y que fue construido a expensas del señor William D. Flye y con el trabajo de los colonos y habitantes de la región.

El problema surgió cuando el señor Eduardo Mendoza adquirió el predio y se negó a permitir el acceso a la playa y cerró el portón. La justificación de Mendoza era que allí se haría un club privado y no se podía franquear el ingreso a "extraños", además de no ser esa la única entrada a la playa. La apoderada argumentó que la tutela era necesaria ya que no existía otro medio judicial para la comunidad, y que sus miembros estaban en una "situación de indefensión e impotencia ante la violación de los derechos del niño, y condenación al hambre, falta de trabajo y demás en que se encuentran".

Los habitantes de esta vereda solicitaron que se les permitieran el paso para que pudiesen tener acceso a la playa y practicar la pesca artesanal⁵⁵, ya que a través del predio lograban llegar al mar. La comunidad había utilizado esa vía de acceso por más de medio siglo y argumentaron que no existía otro medio judicial para resolver el problema. Afirmaron que el camino disputado era utilizado por los indígenas Tayrona, por lo que tenía un gran significado ancestral para ellos. Que este camino tenía el carácter de indígena.

La acción de tutela presentada por los pescadores de Mendiguaca fue rechazada por el juez de instancia, quien argumentó que no estaba plenamente identificada la persona contra quien se dirigía la acción ni tampoco el predio objeto de la litis. Además, el juez consideró que existía otro medio de defensa judicial, en este caso, el proceso de servidumbre. Sin embargo, la Sala de Revisión del Tribunal Constitucional considera que las razones del juez de instancia no se compadecen con el principio de informalidad que rige la tutela. Además, la identificación precisa del predio y del demandado podía llevarse a cabo a través de la práctica de las pruebas conducentes.

La Sala también destaca la importancia constitucional del conflicto entre el propietario de la finca "Playa Rica" y los pescadores de Mendiguaca por el acceso al mar, ya que puede vulnerar o amenazar derechos fundamentales. Por lo tanto, la Sala de Revisión aborda el problema sustancial para establecer si existió una vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de los peticionarios.

⁵⁵ Según el artículo 12 del Decreto reglamentario 2256 de 1991, es la que realizan pescadores en forma individual u organizados en empresas, cooperativas u otras asociaciones, con su trabajo personal independiente, con aparejos propios de una actividad productiva de pequeña escala y mediante sistemas, artes y métodos menores de pesca.

Ante la rigidez normativa del *a quo*, la Corte estableció reglas de decisión para salvaguardar el derecho de los habitantes de esta comunidad, por lo cual revocó su decisión. Consideró que la deficiencia probatoria de la titularidad del bien era plenamente determinable, atendiendo al *principio de informalidad* en materia de tutela, que le permite al juez hacer uso de sus poderes para esclarecer ciertos hechos. También, que su identificación tampoco era determinante, teniendo en cuenta que se había identificado plenamente el accionado, quien ejercía control sobre el bien, y ya esto era suficiente para que el juez estudiará el caso.

La Corte invirtió la prevalencia atendida por el *a quo*. Priorizó el derecho sustancial sobre el formal, y revocó su decisión. Ordenó al propietario o poseedor del predio, remover "(...) cualquier obstáculo físico y psicológico que impida a los habitantes de la zona acceder al mar utilizando el camino carretable que atraviesa el predio (...)"

La sentencia concluyó en favor de los peticionarios y se ordenó a Mendoza permitir el acceso a la playa a través de su propiedad. En la nombrada sentencia, se dan los ciernes de efectivas garantías de los derechos de comunidades étnicas atendiendo al *principio de diversidad étnica y cultural*, en articulación con el *principio de legalidad*, vertebral para el ejercicio de un debido proceso.

La justicia como fin del proceso

NO ME QUEMES NEMEQUEME

Día a día cumplía. Lavaba, cocinaba y realizaba otros quehaceres. Aquella tarde atravesó la puerta hacia la calle, miró al cielo, suspiró y elevó una sonrisa. Volvió a casa y continuó su rutina. Mientras se hundía el sol, fue obligada a comer ají hasta que en su estómago se formará una ventisca de fuego. Suplicó y suplicó por agua, y confesó la existencia de un amante. Después fue muerta, y el hombre jamás fue juzgado. Y todo por aquella sospechosa sonrisa⁶⁶.

Esta narración podría sugerirnos un acto de violencia de género y una actitud patriarcal y opresiva hacia la mujer. Diríamos que el hecho de que la mujer sea obligada a comer ají hasta que arda su estómago sugiere una crueldad y una tortura por parte de su agresor, que parece querer castigarla por su posible infidelidad. Por otro lado, el hecho de que el hombre no sea juzgado sugiere una falta de justicia y una impunidad en casos de violencia de género, lo que puede ser común en sociedades patriarcales y machistas. Que es una crítica a la violencia de género y a la opresión patriarcal hacia las mujeres, que muestra los peligros y la falta de protección que enfrentan las mujeres en algunas sociedades y relaciones de pareja, ante delitos como el feminicidio. Que la situación planteada atenta contra los fines esenciales de un Estado Social de

⁶⁶ Autor: Jose David Guerra-Bonet, inspirado en el *Código Nemequeme*.

Derecho. Cuestionaríamos la aparente legitimidad del acto del hombre, el por qué pudo ser obligada a comer ají.

Seguramente la narración nos deja una sensación de injusticia. Sin embargo, por mucho que en la actualidad pudiera parecer un relato propio del *realismo mágico*, por irreal o extraño, en otros tiempos era parte del derecho no escrito. Los Chibchas contaron con *Nomparem*, primer legislador. Su sistema normativo constaba de solo cuatro normas: no matar, no hurtar, no mentir y no quitar la mujer del prójimo. Fue acogido como modelo por el *Zipa Nemequene*, considerado el mayor legislador de los Muiscas, y expidió uno más riguroso, el *Código Nemequene*. En él estableció que aquella que cometiera adulterio sería obligada a comer mucho ají para que confesara, después era condenada a muerte según las leyes. Y si un hombre violaba a una mujer, lo mataban si era soltero; en caso contrario, era obligado a presenciar cómo dos hombres violaban a su mujer.

Del contexto anterior podríamos afirmar que injusto sería que, la mujer de quien cometió el acto de violación fuera violada en su presencia por tan un solo hombre cuando los precedentes indican que son dos. Esto para ejemplificar la idea de que la justicia es contextual y, en la misma medida, el debido proceso.

Debido proceso: principio de legalidad y autonomía de las comunidades indígenas

TARUFFO establece tres requisitos para haya una sentencia justa, teniendo en cuenta su estructura argumentativa: i) verificación de hechos relevantes, ii) una correcta aplicación e interpretación de la norma aplicable al caso, y iii) que el procedimiento empleado para decidir sea el adecuado, (Taruffo, 2010, pág. 136). Una alteración en la exigencia de estos tres requisitos durante el proceso configuraría un alejamiento de lo que se entiende por justicia, en consecuencia, una vulneración del debido proceso.

¿Este debido proceso ha de entenderse igual para toda legislación? El fin de un proceso es hacer justicia, por ello es importante que la decisión se funde en verdades. Si una sentencia judicial tiene estructura argumentativa, el fallo debe seguirse de sus premisas 1) normativa y 2) fáctica, siendo la premisa normativa la mayor, así que esta sería la solución al caso concreto contenida en la menor. Se requiere así que las premisas sean ciertas, de tal manera que se hable de una sentencia justa.

Sin embargo, debe hacerse una precisión respecto a la posibilidad de que una norma tenga un valor de verdad y es que, dado a su carácter prescriptivo y contextual, debe entenderse como verdadera cuando es válida, y es válida sí y sólo sí “i) ha sido producida de conformidad con las normas (estructuralmente supraordinadas) que regulan su producción y ii) es compatible con las normas (materialmente supraordinadas) que limitan su posible contenido”, (Guastini,

2017, pág. 433). Esta norma debe ser vigente, pertenecer a un ordenamiento jurídico.

La costumbre⁷⁷, afirma GUAISTINI, debe entenderse como “una práctica social (vale decir, un comportamiento habitual socialmente compartido) constante, repetida uniformemente por largo tiempo, acompañada de la creencia de que dicha praxis es conforme a una norma vinculante”, (2017, pág. 131).

CORREAS (1994, pág. 21) plantea que no se debería relacionar de manera estricta el término *costumbre* con *normas no escritas*. En su lugar, sugiere que más bien hace hablar de *derecho escrito* y *derecho no escrito*, porque finalmente resolvería la cuestión de si las normas de las comunidades son derecho, pues bastaría preguntarse si aquellas son prescriptivas, amenazan con sanción, son creadas por alguna autoridad legítima y son reconocidas por la comunidad como obligatorias. Se infiere así que estamos ante un problema de *reconocimiento del derecho*, lo cual ha generado preguntas acerca de cuándo es válida una norma. Entonces, si la costumbre es fuente de derecho no escrito, si es válida, ¿cuál es el alcance de su fuerza?

El artículo 230 de nuestra Constitución dice que los jueces, en sus providencias, se someten sólo al imperio de la ley. No enlista a la *costumbre* como fuente formal del derecho. Y, en su artículo 246, consagra que “Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

De la interpretación de estas normas, puede derivarse una norma no expresa, y es que la *costumbre* es fuente formal del derecho. De otro modo, ¿cómo podrían las autoridades de los pueblos indígenas ejercer funciones jurisdiccionales conforme a sus propias normas y procedimientos, si se sabe que su derecho es *no escrito*? ¿Si se sabe que la fuente de este es la costumbre? Sin embargo, ante la errónea advertencia de que la costumbre no es fuente del derecho, la Corte Constitucional se pronunció en (Sentencia C-486, 1993):

La costumbre, elemento imprescindible de la cultura de un pueblo - inclusive, tejido conjuntivo necesario para la Constitución de una Nación -, puede tener relevancia en el mundo del derecho y dar lugar a reglas de comportamiento que tengan la connotación de normas jurídicas y conformar, por lo tanto, el ordenamiento jurídico.

Es la primera providencia en la que esta corporación se pronuncia acerca de la costumbre como fuente del derecho. Y más adelante continúa diciendo:

La invocación que la ley hace de la costumbre reafirma su pertenencia al sistema jurídico y su naturaleza normativa. La costumbre se mantiene

⁷⁷ Guastini hace la salvedad de que la costumbre es fuente de derecho no escrito.

como fuente de derecho y aporta al sistema jurídico flexibilidad y efectividad. Entre la ley y la costumbre justamente se ha observado la existencia de una relación dialéctica que es indisociable del fenómeno jurídico.

Así, la Corte Constitucional, aclara la importancia que tiene la costumbre como elemento fundamental para la constitución de un sistema jurídico, teniendo en cuenta su insoluble relación con la ley. Limitar las fuentes del derecho a la ley entendida en su acepción formal, como se propone en el 230 de la Constitución, conlleva a “una serie de consecuencias absurdas que le restan al planteamiento toda plausibilidad”, (Sentencia C-486, 1993).

Al no existir un criterio homogéneo al respecto, es lo que ha llevado a comunidades indígenas a reclamar autonomía en la práctica de sus costumbres para la regulación de sus individuos y para el ejercicio de sus derechos ante la justicia ordinaria⁸⁸, muchas veces negados, impidiéndoles el acceso a la justicia. Como afirma PIÑACUÉ en (1997, pág. 32):

Hoy nos convoca la urgencia de hacer conocer al mundo cuál es nuestra concepción de justicia, por cierto, incomprendida por el mundo occidental. Concepción incomprendida por sus diferencias, rechazada y tildada de inhumana por la ignorancia. Tenemos tanto que decir, que las palabras razonadas con juicio llenarán el espacio en el que anida la discriminación. Que la reflexión sea juez inexorable de la justicia de nuestras palabras.

La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a los límites de la jurisdicción indígena y al contenido del debido proceso. En (Sentencia T-254, 1994), señala que “[e]l derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas (...)”, que realizan según sus normas y procedimientos sin contrariar la ley y la Constitución.

El problema jurídico planteado en dicha sentencia consistió en sí el cabildo indígena de El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima, vulnera el derecho fundamental al debido proceso por destierro y confiscación del accionante, decisión fundada en indebida valoración probatoria y amenazas del gobernador indígena.

Previa solución al problema, indica la Corte que el artículo 246 de la Constitución señala “el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuente de derecho”, pero que los conflictos que puedan surgir a partir de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial deben superarse mediante la aplicación de unas reglas de interpretación, referidas a la costumbre:

⁸⁸ Lo que ellos llamarían *justicia occidental*

- 7.1 A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía (...)
- 7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares (...)
- 7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural (...)
- 7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (...)

Así, se presentan cuatro reglas de interpretación que deben aplicarse en casos de conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial con relación a los usos y costumbres de las comunidades indígenas como fuente de derecho.

La regla 7.1 refleja una relación directa entre el principio de autonomía de las comunidades indígenas y su derecho a mantener sus propias tradiciones y formas de vida. En una comunidad indígena que ha conservado sus usos y costumbres de manera muy arraigada, se deberá respetar en mayor medida su autonomía y autogobierno, permitiéndoles aplicar sus propias normas y respetando su forma de vida.

La regla 7.2 reconoce la importancia de proteger los derechos humanos y garantizar la igualdad de todos los ciudadanos, incluyendo a las comunidades indígenas; independientemente de la comunidad o cultura a la que se pertenezca, se deben respetar los derechos fundamentales de todos los individuos. Entonces, el ejercicio de nuestras libertades, se limitan al núcleo constituido por ellos. Una comunidad indígena no podría justificar la violación de los derechos de las mujeres en su comunidad en nombre de la tradición o los usos y costumbres.

La regla 7.3 establece que las normas legales imperativas de la República tienen primacía sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. Esta regla reconoce que las leyes generales de la República tienen un valor superior al de los usos y costumbres de las comunidades indígenas, pero también establece que es necesario proteger la diversidad étnica y cultural de estas comunidades. Si una comunidad indígena practica el sacrificio de animales como parte de su tradición religiosa, pero esta práctica pone en riesgo la salud pública, la norma legal que protege la salud pública tendrá prioridad.

Por último, la regla 7.4 establece que, si una norma legal no es de orden público y no entra en conflicto con un valor constitucional superior, los usos y costumbres de una comunidad indígena tendrán prioridad sobre esa norma.

Estas reglas pueden unificarse de la siguiente manera:

La autonomía de una comunidad indígena en el ejercicio de sus derechos propios⁹⁹ priman sobre las normas legales imperativas, incluidas las de orden público, en la medida que tengan una mayor conservación de sus usos y costumbres, no vulneren derechos fundamentales constitucionales, y protejan el principio de diversidad étnica y cultural.

En conjunto, estas reglas de interpretación buscan garantizar una justicia equitativa y respetuosa de la diversidad étnica y cultural en casos de conflictos entre las jurisdicciones ordinarias y especiales con relación a los usos y costumbres de las comunidades indígenas como fuente de derecho.

Seguidamente de las cuatro reglas, habla la Corte de la tensión existente entre el *principio de diversidad étnica y cultural* y la consagración de los *derechos fundamentales*, resaltando que los derechos derivados de dicho principio se encuentran delimitados en el plano de derecho internacional, en especial lo referido a los derechos humanos.

Lo interesante del caso es que durante el proceso la Corte determinó que la comunidad de El Tambo no conservaba ni la lengua ni parte importante de las costumbres y tradiciones de sus antepasados, dando aplicación a la regla 7.1: "A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía", ya que la Corte evaluó el grado de conservación de las costumbres y tradiciones de la comunidad de El Tambo para determinar la autonomía que se le debe otorgar en la aplicación del derecho consuetudinario. Al constatar que la comunidad ha perdido gran parte de sus costumbres y tradiciones, se entiende que su autonomía en la aplicación de su derecho consuetudinario es menor.

Por ello, procedió a revocar las decisiones de primera y de segunda instancia, considerando que hubo una violación del derecho al debido proceso del accionante por parte de la comunidad indígena El Tambo, Municipio de Coyaima, Departamento del Tolima.

Un salto importante se da cuando la Corte Constitucional en (Sentencia T-349, 1996), advierte dos dificultades que presenta la aplicabilidad del *principio de diversidad étnica y cultural*: i) su alto grado de indeterminación y ii) su naturaleza conflictiva. Ello exige establecer el alcance de dicho principio.

Consideró la Corte que:

[S]olo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía, (Sentencia T-349, 1996).

⁹⁹ Entiéndase como las normas y regulaciones que son específicas de una determinada comunidad, grupo o entidad.

La Corte Constitucional reconoce que para garantizar la supervivencia cultural de las comunidades indígenas es necesario que estas comunidades tengan la capacidad de decidir y controlar sus propias prácticas y costumbres. De esta manera, se busca proteger la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas y garantizar su supervivencia en un contexto de pluralismo jurídico, en aplicación de la regla 7.1 de la Sentencia T – 254 de 1994: “A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía”.

Esta consideración es de gran importancia porque permite establecer una perspectiva de lo que significa *debido proceso* cuando las comunidades étnicas ejercen su derecho al interior de su territorio tradicional, sin desbordar los límites señalados por derechos fundamentales constitucionales ni los reconocidos internacionalmente, para lo cual ha de seguir las cuatro premisas establecidas en la Sentencia T – 254 de 1994. Esto condiciona el *principio de legalidad* y maximiza el principio de autonomía de estas comunidades, lo cual es fundamental para su supervivencia.

En sentencia (Sentencia T- 652, 1998), la solicitud de amparo de los accionantes obedece a que, mediante resoluciones gubernamentales, se declaró de utilidad pública e interés social el territorio necesario para la construcción del proyecto, que inicialmente fue administrado por ISA y luego pasó a CORELCA y finalmente a la Empresa Multipropósito Urrá S.A. El proyecto afecta al río Sinú en el Departamento de Córdoba y ha generado impactos ambientales, como la desviación del río y la inundación de territorios del pueblo Embera-Katío. Aunque se crearon resguardos indígenas en el área afectada, el proceso de consulta previa no se llevó a cabo adecuadamente.

El 13 de abril 1993, a pesar de la falta de consulta previa, se otorgó a CORELCA una licencia ambiental para la construcción de las obras civiles y la desviación del río Sinú. Sin embargo, la licencia para la segunda etapa del proyecto fue negada por el Ministerio del Medio Ambiente debido al incumplimiento de requisitos, incluyendo la falta de consulta con el pueblo Embera-Katío.

En 1994, se firmó un Acta de Compromiso entre Urrá S.A., la comunidad indígena y la ONIC (Organización Nacional Indígena de Colombia) para establecer las bases de un proceso de consulta previa y compensación por los impactos del proyecto. Se acordó la elaboración y ejecución de un Plan de Etnodesarrollo que abarcaba diferentes programas en áreas como el manejo del hábitat tradicional, el desarrollo pecuario, la educación, la salud y la recreación y cultura.

En 1996, se suscribió un convenio en el que Urrá S.A. se comprometía a cumplir con los compromisos del Plan de Etnodesarrollo, financiarlo hasta el año 2000 y mejorar el transporte de peces. También se estableció una Comisión Interinstitucional de Concertación para dar seguimiento a las condiciones acordadas.

En 1997, Urrá S.A. solicitó la ampliación de la licencia ambiental para el llenado y funcionamiento del embalse, pero esta fue negada debido al incumplimiento de requisitos, incluyendo la falta de consulta con el pueblo Embera-Katío. Durante este período, surgieron conflictos internos en las comunidades Embera-Katío en relación con la composición del Cabildo Mayor, la representación y el liderazgo. Hubo divisiones y la formación de diferentes cabildos en distintas comunidades.

Urrá S.A. interrumpió la celebración de contratos bajo el Plan de Etnodesarrollo y exigió la resolución del conflicto interno y la acreditación de los representantes de cada resguardo como condición para la financiación de los proyectos existentes. En julio de 1998, el Gobierno Nacional emitió el Decreto 1320, que reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales renovables dentro de su territorio.

En la segunda instancia, la Corte Suprema de Justicia, específicamente la Sala de Casación Laboral, tomó decisiones relevantes respecto al caso en cuestión. En primer lugar, determinó que el asunto correspondía a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que implicaba que la tutela interpuesta no era el mecanismo adecuado para resolverlo. Esta decisión condujo a que se considerara improcedente la tutela presentada.

La C.S.J examinó diferentes temas durante su análisis. En relación al derecho de autogobierno del pueblo Embera-Katío, se pronunció enfatizando que si su intención era nombrar Cabildos por Río, conforme a sus propias normas y principios de autonomía, debían resolver internamente el conflicto en disputa, sin recurrir a la tutela. La Corte resaltó que las autoridades indígenas tienen la facultad y competencia jurisdiccional para tomar decisiones al respecto, de acuerdo con sus tradiciones, valores culturales y normativas internas.

Otro tema abordado fue el incumplimiento de los contratos interadministrativos y la retención de transferencias. La C.S.J determinó que dichas cuestiones debían ser resueltas por la jurisdicción contencioso-administrativa en caso de incumplimiento. Asimismo, señaló que no encontró pruebas contundentes de un perjuicio irremediable, subrayando la importancia de que el juez de tutela cuente con pruebas claras y convincentes de la existencia de un perjuicio cierto, determinado y que no pueda ser remediado. En este caso, tales pruebas no se presentaron.

En cuanto a la delimitación del territorio que sería inundado, se basó en el concepto proporcionado por Urrá para establecer las dimensiones definitivas del territorio afectado. Además, descartó cualquier indicio de mala fe por parte de la empresa Urrá S.A. con relación a este asunto. Por último, consideró que no debían imponerse restricciones a la empresa en sus relaciones con los representantes indígenas reconocidos por la Alcaldía de Tierralta, siempre y

cuando el acta municipal cuente con presunción de legalidad hasta que se demuestre lo contrario.

La Sala Cuarta de Revisión de Tutelas tomó medidas provisionales para proteger los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú. Se ordenó la suspensión del llenado y funcionamiento del embalse mientras se evaluaba la procedencia del amparo judicial. Además, se requirió informes detallados de la Empresa Multipropósito Urrá S.A., los cabildos de Karagabí e Iwagadó, y otras autoridades involucradas.

Se determinó que la Alcaldía de Tierralta intervino de manera indebida en asuntos de autonomía del pueblo indígena y violó la legislación vigente. Esto incluyó la falta de resolución oportuna de las peticiones de los Embera-Katío, el incumplimiento de los procedimientos administrativos establecidos, la retención injustificada de fondos y la suspensión de servicios esenciales como salud y educación. También se constató que la Gobernación de Córdoba dejó de cumplir con los aportes comprometidos para la prestación de servicios de salud, y los programas de desarrollo étnico fueron suspendidos desde finales de 1997.

Con relación a la desaparición del pescado en los ríos y quebradas de los resguardos actuales, se comprobó que las obras de la hidroeléctrica obstaculizan las migraciones de los peces y que las medidas de traslado no permitían su reproducción. Se advirtió que la inundación del embalse impediría la reproducción de los pocos peces llevados a la parte superior. Además, el intento de criar alevinos en estanques resultó limitado, se suspendió en todas las localidades y depende completamente de alimentos industriales, sin contar con la tecnología necesaria para la reproducción de los peces en dichos estanques.

La Empresa Multipropósito Urrá S.A. alega haber informado a la comunidad indígena Embera del Alto Sinú sobre los proyectos Urrá I y II desde los años ochenta. Argumentan que al obtener la licencia ambiental para la construcción de la hidroeléctrica Urrá I, la empresa demandada aún no existía y CORELCA era la propietaria del proyecto. Aseguran que creyeron de buena fe que habían cumplido todos los requisitos legales para obtener la licencia. Sin embargo, el Ministerio del Interior revela que solo después de otorgar la licencia se creó un equipo encargado de garantizar la consulta previa en proyectos en territorios indígenas. El Ministerio alega que, a pesar de la existencia de la Carta Política de 1991 y la Ley 21 del mismo año, no existían regulaciones para este tipo de acciones administrativas. El Ministerio de Minas y Energía reconoce la falta de consulta previa y la ausencia de reglamentación. La Corte se plantea así la siguiente pregunta: ¿Es aceptable excusar la falta de consulta previa, su procedimiento, y el desconocimiento de los efectos del proyecto hidroeléctrico sobre el modo de vida de la comunidad indígena basándose en la falta de

reglamentación y el desconocimiento de la empresa demandada en el momento de la obtención de la licencia ambiental?

La Corte determina que la expedición de la licencia ambiental para la construcción de la hidroeléctrica Urrá I se llevó a cabo de manera irregular y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú al omitir la consulta requerida. Como resultado, se han vulnerado el derecho de participación, el derecho al debido proceso y el derecho a la integridad de este pueblo.

Además, se ha violado el principio de respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana y se ha afectado gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera en el Departamento de Córdoba. Considerando también el incumplimiento de compromisos internacionales y la incorporación de derechos humanos de los pueblos indígenas en la legislación interna a través de la Ley 21 de 1991, se concluye que se deben tomar medidas para proteger los derechos de la comunidad Embera-Katío y garantizar su subsistencia.

Considera una sentencia del 97, donde se afirma que la “información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”, no puede convalidarse por una consulta previa, (Sentencia SU – 039, 1997).

Se extrae entonces la siguiente regla de decisión:

El otorgamiento de licencias ambientales, para la ejecución de proyectos que puedan afectar el modo de vida de una comunidad indígena, se considerará irregular si no se realiza la consulta previa y con la materialización de la obra se violan otros derechos fundamentales, aunque se alegue la inexistencia de dicho mecanismo de participación y su falta de procedimiento. En consecuencia, los responsables del proyecto serán obligados a indemnizar los daños causados como resultado de esta iniciativa.

De esta manera, la Corte ordena que se indemnice a la comunidad indígena afectada, dejando a discreción de las partes el monto de la compensación, por concepto de subsidio alimentario y de transporte. Se entiende que el acuerdo sobre monto lo hará la comunidad indígena a través de sus representantes autorizados.

Ordena a la Empresa Multipropósito Urra S.A. establecer un fondo de indemnización y compensación para los Embera-Katío. Este fondo será administrado a través de un fideicomiso y se asignará mensualmente una cantidad a las autoridades de cada comunidad, incluyendo Veguidó, Cachichí, Widó, Karacaradó, Junkaradó, Kanyidó, Amborromia, Mongaratatadó, Zambudó, Koredó, Capupudó, Chángarra, Quiparadó, Antadó, Tundó, Pawarandó, Arizá, Porremia y Zorandó, según el número de habitantes de cada una.

En (Sentencia T-552, 2003) afirmó la Corte Constitucional que, en torno a la jurisdicción indígena, el respeto al principio de legalidad obedece a un consenso intercultural que, en dicho contexto, se traduce en algo predecible. Es decir, los precedentes de juicios anteriores dan directrices para la aplicación de un procedimiento en un proceso que se adelante contra un individuo de la comunidad, especialmente en materia penal.

Sin embargo, relevante es la apreciación que hace en (Sentencia C-284, 2015). Pese a que la asimilación que se hace de *ley a ordenamiento jurídico* es lo que ha dado base para que se considere la *costumbre* como fuente del derecho, no implica que pueda equipararse a *ley*; en su lugar, es una fuente subordinada y subsidiaria de esta, pues es la *ley* quien “controla los ámbitos donde se permite, prohíbe, reduce o extiende el terreno de la costumbre”.

La anterior regla tuvo aplicación en (Sentencia T-466, 2016). En el pueblo Wayú existe la costumbre de alimentar a los mayores de la comunidad. Esta sentencia abordó la situación crítica en cuanto a la garantía de los derechos humanos de la comunidad Wayúu, especialmente en relación con la desnutrición infantil y el acceso a servicios de salud. La Asociación que presentó el caso identificó al Estado colombiano como el principal responsable de la vulneración de derechos, rechazando las afirmaciones del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) que atribuían la desnutrición infantil a las familias Wayúu.

La Corte Constitucional encontró que la situación de vulneración de derechos persistía y que las medidas adoptadas no habían producido resultados contundentes. Una de las principales deficiencias era la falta de coordinación adecuada y suficiente para la provisión de los servicios asistenciales por parte del Estado. La existencia de autonomías y niveles de atención también era un factor de coordinación que influía en la atención de las necesidades de la población Wayúu.

La sentencia destacó la necesidad de tomar en cuenta la dimensión cultural y lingüística de las comunidades indígenas al momento de diseñar e implementar políticas públicas para garantizar su protección y desarrollo. El ICBF argumentó que la atención a los niños Wayúu se dificulta porque las mismas familias no los dejaban sacar de las comunidades, pero la Corte señaló que era responsabilidad del Estado garantizar la atención a los niños, incluso si esto implicaba trabajar con la comunidad para encontrar soluciones culturalmente apropiadas. También ordenó la implementación de medidas de emergencia y políticas públicas para proteger los derechos de los niños Wayúu en la Guajira.

La Corte ordenó al Estado, entre otras cosas, realizar un censo actualizado de la población Wayúu, crear un plan de atención nutricional y sanitaria a la infancia y adolescencia Wayúu, implementar un sistema de vigilancia epidemiológica y mejorar la coordinación entre las distintas entidades encargadas de prestar servicios a la comunidad. Se puso de relieve la importancia de que el Estado

tome en cuenta las realidades culturales y lingüísticas de las comunidades indígenas al diseñar políticas públicas. Además, resaltó la necesidad de que el Estado garantice el acceso a servicios de salud y nutrición a todos los niños, incluso si esto requiere trabajar con la comunidad para encontrar soluciones culturalmente apropiadas.

En cuanto a las cuatro reglas mencionadas, se puede relacionar con la Regla 7.3 de la Sentencia T-254 de 1994, que establece que las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. En este caso, el Estado tiene la obligación de garantizar los derechos fundamentales de los niños Wayúu, que constituyen un valor constitucional superior a la costumbre de alimentar a los mayores de la comunidad. Además, la Regla 7.2 de la misma sentencia establece que los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares, incluyendo a las comunidades indígenas.

En sentencia T-514 de 2009, se realiza un análisis de tres principios generales de interpretación que deben aplicarse cuando se trata de comunidades indígenas: (1) el principio de "maximización de la autonomía de las comunidades indígenas", que establece que solo se pueden aplicar restricciones a la autonomía de estas comunidades si son necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía y son las menos gravosas posibles; (2) el principio de "mayor autonomía para la decisión de conflictos internos", que establece que se debe respetar la autonomía de las comunidades indígenas cuando se trata de conflictos internos que involucran solo a miembros de la comunidad; y (3) el principio de "a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía", que sostiene que las comunidades indígenas que conservan sus tradiciones deben tener más autonomía que aquellas que no las conservan.

La finalidad de estos principios es proteger y promover la autonomía de las comunidades indígenas en el ejercicio de sus derechos y en la toma de decisiones internas.

Buscan asegurar que las restricciones a la autonomía sean limitadas y justificadas, priorizando la preservación de la identidad cultural y la cohesión de la comunidad. En síntesis, fortalecer la autonomía y autodeterminación de las comunidades indígenas en concordancia con los principios constitucionales y de respeto a la diversidad cultural.

En este sentido, vale mencionar a LIMPENS, quien cita a Fabig. Heike y Verheyen: en las próximas generaciones desaparecerán la mayoría de los idiomas que actualmente se hablan, destinadas a morir, lo cual sería desastroso porque "(...) cada idioma que desaparece, se diluye una cultura local y perdemos un mundo. Nociones filosóficas y religiosas irremplazables y

generaciones de conocimiento sobre la vida en la tierra se pierden”, debido a que “las disputas sobre la propiedad de la tierra y los recursos han traído consigo graves violaciones de los derechos humanos de los indígenas”, pues posturas inclinadas hacia un desarrollo económico arbitrario, han desatado fuertes comentarios como el del exgobernador de Roraima (estado brasileño), quien dijo “Yo opino que un territorio con una riqueza como la de Roraima no se puede permitir el lujo de conservar media docena de tribus indias que impiden el desarrollo”, perjudicando a miles de indígenas Waimiri y Atroari por la ejecución de una presa durante su gobierno (1994).

Una sentencia del tribunal de la sala penal de montería

RADICADO: 23 – 001 – 31 04 001 2011 00217 – 01

ACCIONANTE: Wilson Domicó Domicó y otros

ACCIONADO: URRÁ S.A. E.S.P

MAGISTRADO PONENTE: Víctor Ramón Diz Castro

Fecha del fallo: febrero 22 de 2012

La sentencia se refiere a un caso de desacato promovido por miembros de la comunidad indígena Embera Katío, el señor Wilson Domicó Domicó y otros, contra la empresa multipropósitos URRÁ S.A. E.S.P. El Tribunal de Sala Penal de Montería revisa la sanción impuesta al representante de la empresa por el Juzgado Primero Penal del Circuito. La sanción está relacionada con el incumplimiento de una orden emitida en el fallo de revisión de tutela T – 652 de 1998 por la Corte Constitucional, en la que ordena la indemnización a la comunidad indígena Emberá Katío por la violación de derechos fundamentales en la ejecución del proyecto. La orden establece pagar mensualmente a las autoridades de determinadas comunidades indígenas “la mesada correspondiente al número de habitantes de cada una de ellas”. En otras palabras, el monto que se destinaría a cada comunidad sería proporcional al tamaño de su población.

Afirman los accionantes que la empresa URRÁ S.A. administra, a través de una fiducia, todos los fondos correspondientes a la indemnización destinada a los indígenas Embera Katíos del alto Sinú, en cumplimiento del dicho fallo, por concepto de subsidio para alimentación y transporte. La suma asciende a \$157.000 mensuales y es pagadera trimestralmente por la empresa, previo acuerdo transitorio celebrado en noviembre del año 2005, consistente en pagar el 90% de la cantidad que en ese momento venía la empresa pagando después de lo inicialmente pactado según lo ordenado en el fallo. Este monto se entrega a todos los miembros de la comunidad Karagaby, para le época, conformada por 12 comunidades indígenas.

Es decir, la comunidad indígena renunció formalmente al 10% de la suma fijada por concepto de subsidio alimentario y de transporte, según lo ordenado en sentencia T – 652 de 1998, desde noviembre de 2005 (lo que, según los

accionantes, materialmente se estaba dando unilateralmente desde abril del mismo año), con el fin que la empresa URRÁ S.A acelerara el pago de 9 meses adeudados. Ese 10% acumulado, desde entonces hasta el 23 de noviembre de 2011, fecha de presentación de la tutela, equivale a un total de \$1'152.827.724. Se solicita el *a quo* ordene a la empresa URRÁ S.A levantar la suspensión del 10% establecido en el acuerdo del 29 de noviembre de 2005, en beneficio de las comunidades Embera Katío. En consecuencia, que se ordene a la empresa URRÁ S.A restituir el valor del 10% que ha sido descontado a estas comunidades desde abril de 2005 hasta la fecha de la presentación de la tutela.

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Montería concluyó que la empresa URRÁ S.A. no ha cumplido con la orden de manera integral y le impuso una sanción de arresto equivalente a quince días y una multa de quince salarios mínimos legales mensuales. También se ordenó enviar las copias pertinentes a la Procuraduría General de la Nación para que inicie una investigación disciplinaria. Se afirma que la comunidad indígena estuvo en una posición inferior respecto a la empresa al momento de suscribir el acuerdo el 29 de noviembre de 2005.

El *a quo* decidió proteger los derechos fundamentales invocados debido a la vulneración del mínimo vital. El monto de dinero proporcionado resultaba insuficiente para cubrir los gastos y necesidades básicas de los pueblos Embera Katíos. Además, a pesar de ser denominado un subsidio de alimento y transporte, no se ha demostrado que estos indígenas tengan otras fuentes de ingresos. Incluso si existieran, no se ha determinado la cantidad a recibir. Por lo tanto, restringir a los demandantes a un mínimo vital irrisorio por parte de la empresa vulnera su derecho fundamental al mínimo vital.

Impugna la empresa que la acción es improcedente por no cumplir con el requisito de inmediatez, pues han pasado casi 6 años desde que se celebró el acuerdo transitorio en 2005. Así mismo, que la comunidad cuenta con otros medios judiciales idóneos y eficaces, faltando al requisito de subsidiariedad. Señala que apresurada e infundadamente el *a quo* afirmó que dicho acuerdo se encuentra viciado de nulidad en un escenario impropio, ya que lo es la jurisdicción ordinaria.

Que el acuerdo se llevó a cabo de un proceso garantista a través de representantes autorizados de la comunidad indígena, con abogados de confianza, poniéndola en un plano de igualdad contractual. Infiere de la sentencia T – 652 de 1998 que esta comunidad está conformada por “sujetos jurídicamente capaces, con plena madurez intelectual – volitiva y en igualdad de condiciones” para negociar con ella. Que “canceló la indemnización a más del 100% de las personas que aparecen en el censo poblacional del año 2005, así como a la totalidad de sus descendientes legítimos”, que en la actualidad se reconoce mesada indemnizatoria a 1381 niños de la comunidad.

El tribunal competente para resolver el caso planteado debe determinar si se cumplió con la orden de la sentencia y, en caso contrario, si el incumplimiento está justificado. En el caso en cuestión, se menciona que las autoridades indígenas realizaron el censo por sus propios medios y que la empresa URRÁ ha expresado desacuerdos con el mismo. Aunque persisten diferencias entre ambas partes respecto a la identificación de beneficiarios, se insta a llegar a un acuerdo antes de realizar el pago. El tribunal emite órdenes adicionales para lograr la protección efectiva del derecho reclamado, como llegar a un acuerdo sobre la identificación de los beneficiarios y realizar las apropiaciones presupuestales necesarias para el pago antes del 15 de enero de 2013.

Problema jurídico planteado por el tribunal

¿Es procedente que un juez de tutela ordene el pago de indemnización al 10% de la población Embera Katio que hasta el día de hoy la empresa Urrá ha dejado de cancelar por desconocer el número cierto de pobladores que la integran de conformidad con el acuerdo que obra en este expediente?

El acuerdo transitorio de 2005, estipula cancelar la mesada indemnizatoria a 3321 de 3645 indígenas, número estimado por la empresa, según, correspondiente al 90%¹⁰¹⁰ de la población, incluidos los nueve meses adeudados hasta el 31 de diciembre de 2005. Se llegó a este acuerdo por no tener precisión en el número total de individuos de la comunidad indígena.

Por lo anterior, sostiene el tribunal que el a quo fundó su sentencia precisamente en lo que motivó a la acción de tutela, la indeterminación de la población indígena accionante que, por su indeterminación, no podría ser viable el pago sin previo censo. De otro modo, ¿cómo se determina el número correspondiente al 10% de la población beneficiarias de la indemnización? Reconoce que el 10% tiene derecho a la misma, y que el acuerdo suscrito es válido.

La sala revoca la decisión de primera instancia, y ordena que las comunidades indígenas en acuerdo con la empresa, y con el apoyo de entidades de orden estatal¹¹¹¹, realicen un censo objetivo para establecer quiénes están actualmente siendo indemnizados y quienes no, en un término de 4 meses a partir de la notificación de la providencia.

Reflexión

Recordemos la regla global, extraída de la sentencia 254 de 19942: La autonomía de una comunidad indígena en el ejercicio de sus derechos propios prima sobre las normas legales imperativas, incluidas las de orden público, en

¹⁰¹⁰ Haciendo la operación matemática, realmente corresponde al 91.1%

¹¹¹¹ Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior

la medida que tengan una mayor conservación de sus usos y costumbres, no vulneren derechos fundamentales constitucionales, y protejan el principio de diversidad étnica y cultural.

En el fallo del tribunal, se observa que las reglas de decisión establecidas en los puntos 7.1, 7.2, 7.3 y 7.4 no son invocadas de manera expresa. Pareciera que el tribunal no hace referencia directa a estas reglas y no las aplica de manera explícita en su razonamiento. Sin embargo, es posible argumentar que, a pesar de no mencionarlas específicamente, el tribunal las tiene en cuenta de manera tácita al fundamentar su decisión.

En primer lugar, la regla 7.1 establece que, a mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía. En el caso analizado, el tribunal reconoce la importancia de garantizar la autonomía de las comunidades indígenas al ordenar la restitución del 10% descontado a las comunidades Embera Katío. Esta decisión implica una protección de los usos y costumbres de la comunidad, ya que el acuerdo al que habían llegado previamente renunciando a ese porcentaje se considera inválido por vulnerar su autonomía y posición de inferioridad frente a la empresa.

En segundo lugar, la regla 7.2 establece que los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. En el caso en cuestión, el tribunal protege los derechos fundamentales de la comunidad indígena al considerar que el monto proporcionado por la empresa no era suficiente para cubrir sus necesidades básicas. Al afirmar que el monto era insuficiente y que vulneran el derecho fundamental al mínimo vital de la comunidad, el tribunal está aplicando implícitamente esta regla.

En tercer lugar, la regla 7.3 establece que las normas legales imperativas de la República priman sobre los usos y costumbres indígenas, siempre y cuando protejan un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. Aunque el tribunal no hace referencia explícita a esta regla, se puede argumentar que su decisión de ordenar la restitución del valor descontado está fundamentada en la aplicación de esta regla. Al proteger el derecho fundamental al mínimo vital de la comunidad indígena, el tribunal está priorizando un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

En cuarto lugar, la regla 7.4 establece que los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Aunque el tribunal no hace mención directa a esta regla, al ordenar la restitución del valor descontado y reconocer la invalidez del acuerdo celebrado entre la comunidad y la empresa, se está dando primacía a los usos y costumbres de la comunidad indígena sobre las normas legales dispositivas.

CONCLUSIÓN

El desarrollo del derecho indígena en Colombia ha sido impulsado por principios y reglas que reconocen la autonomía de las comunidades indígenas y protegen sus derechos fundamentales. Ha sido un proceso crucial en la búsqueda de equidad, reconocimiento y protección de sus derechos. A través de los principios y reglas extraídas de las discusiones anteriores, se ha sentado un marco legal que busca salvaguardar su autonomía, usos y costumbres, así como garantizar su participación en decisiones que afecten su modo de vida.

Uno de los principios fundamentales es el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional. Esto implica que las normas legales imperativas deben ceder ante la autonomía de estas comunidades, siempre y cuando se respeten los derechos fundamentales y se proteja la diversidad cultural. Este enfoque promueve la preservación de las tradiciones y prácticas ancestrales que son fundamentales para su identidad y cohesión.

Asimismo, se destaca la importancia de la consulta previa en proyectos que puedan afectar el modo de vida de estos sujetos de especial protección. El otorgamiento de licencias ambientales debe considerarse irregular si no se ha realizado esta consulta y si la materialización de la obra viola otros derechos fundamentales. Esta medida busca asegurar que las comunidades indígenas participen activamente en la toma de decisiones que puedan afectar su territorio, recursos naturales y formas de subsistencia.

Se establece la obligación de indemnizar los daños causados como resultado de proyectos que los afecten. Esta responsabilidad recae en los responsables del proyecto, quienes deben asumir las consecuencias de sus acciones y reparar los perjuicios causados. Esta medida tiene como objetivo garantizar la justicia y compensar los impactos negativos sufridos como resultado del desarrollo de proyectos en sus territorios.

En este contexto, es evidente que el desarrollo del derecho indígena en Colombia ha avanzado hacia una mayor protección de los derechos de estas comunidades. Sin embargo, aún existen desafíos y brechas por superar. Es fundamental promover la educación y el conocimiento sobre los derechos indígenas, tanto entre las comunidades como en la sociedad en general. Además, se deben fortalecer los mecanismos de consulta previa, asegurando que sean efectivos, inclusivos y respetuosos de la autonomía de las comunidades indígenas.

Durante el estudio de algunas sentencias, se pueden extraer dos reglas de decisión que son muy valiosas, que han sido aplicadas en diversos fallos de la Corte Constitucional, a saber:

Regla 1:

La autonomía de una comunidad indígena en el ejercicio de sus derechos propios¹²¹² priman sobre las normas legales imperativas, incluidas las de orden público, en la medida que tengan una mayor conservación de sus usos y costumbres, no vulneren derechos fundamentales constitucionales, y protejan el principio de diversidad étnica y cultural.

Regla 2:

El otorgamiento de licencias ambientales, para la ejecución de proyectos que puedan afectar el modo de vida de una comunidad indígena, se considerará irregular si no se realiza la consulta previa y con la materialización de la obra se violan otros derechos fundamentales, aunque se alegue la inexistencia de dicho mecanismo de participación y su falta de procedimiento. En consecuencia, los responsables del proyecto serán obligados a indemnizar los daños causados como resultado de esta iniciativa.

En conclusión, tenemos la siguiente regla, útil para que tanto comunidades indígenas como despachos judiciales emplean ante la reclamación de sus derechos y respectiva solución:

En el caso de proyectos que puedan afectar el modo de vida de una comunidad indígena, se establece que la consulta previa es un requisito indispensable para el otorgamiento de licencias ambientales. En el caso de que se realice la materialización del proyecto sin cumplir con esta consulta y se violen otros derechos fundamentales, los responsables del proyecto serán obligados a indemnizar los daños causados. Además, la autonomía de la comunidad indígena en el ejercicio de sus derechos propios prevalecerá sobre las normas legales imperativas, siempre y cuando se garantice la conservación de sus usos y costumbres, no se vulneren derechos fundamentales constitucionales y se proteja el principio de diversidad étnica y cultural.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Correas, Ó. (1994). La teoría general del derecho frente al derecho indígena. *Crítica Jurídica*, 15-31.

Diaz Correa, N. E. (2023). Normas que regulan el uso de la fuerza por parte de la policía nacional de Colombia en el marco de las protestas, disturbios y grave alteración del orden público. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 643–665. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4483>

Del Río González, E. . (2023). Integridad moral y medios de comunicación: un reto para el derecho penal. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 666–683. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4484>

¹²¹² Entiéndase como las normas y regulaciones que son específicas de una determinada comunidad, grupo o entidad.

- Guastini, R. (2017). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. (C. E. Moreno More, Trad.) Lima: Legales Ediciones.
- Guerra Bonet, J. D., y Ospina Vellojín, K. L. (2023). Incorrecto razonamiento matemático del consejo de estado en materia indemnizatoria ante el fenómeno de acrecimiento: errores en la sentencia de unificación ce-suj-3-001 de 2015. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 211–244. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4236>
- Limpens, F. (1994). *Los pueblos indígenas en la línea de fuego del desarrollo*. México.
- Piñacué, J. E. (1997). Aplicación de la Justicia Autonómica del pueblo Paez. En M. d.-D. Ministerio de Justicia y del Derecho, *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La Jurisdicción Especial Indígena* (pág. 373). Bogotá.
- Semper, F. (2018). *LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN COLOMBIA*. (A. F. Quintero Atehortúa, Trad.) Bogotá, Colombia: Temis.
- Rodríguez Martínez, C. (2023). De la racionalidad hacia la argumentación legislativa. La importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad por el legislador colombiano en el proceso de creación de la ley. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(29), 111–125. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.29-2023-4230>
- Vargas Marín, L. F., y Botero Bernal, A. (2023). El fenómeno de la sobrepoblación: un análisis desde el pensamiento ético y político de Aristóteles. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 15(31), 447–468. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.15-num.31-2023-4475>
- Sentencia C-284 (Corte Constitucional Colombiana 2015).
- Sentencia C-486 (Corte Constitucional Colombiana 1993).
- Sentencia SU – 039 (Corte Constitucional Colombiana 1997).
- Sentencia T - 342 (Corte Constitucional 1994).
- Sentencia T- 652 (Corte Constitucional Colombiana 1998).
- Sentencia T-254 (Corte Constitucional Colombiana 1994).
- Sentencia T-349, Corte Constitucional Colombiana (1996).
- Sentencia T-466 (Corte Constitucional Colombiana 2016).
- Sentencia T-552 (Corte Constitucional Colombiana 2003).
- Sentencia T-605 (Corte Constitucional Colombiana 1992).
- Taruffo, M. (2010). *Simplemente la verdad. El juez y la construcción de los hechos*. Madrid: Marcial Ponds.