

**LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
DE JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, UN ANÁLISIS DE CRITERIOS DE
INTERPRETACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL FUERO PENAL INDÍGENA.**

LORENA ANDREA TAMAYO TETTE

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA
2015**

**LA HERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS
DE JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, UN ANÁLISIS DE CRITERIOS DE
INTERPRETACIÓN EN LA APLICACIÓN DEL FUERO PENAL INDÍGENA.**

LORENA ANDREA TAMAYO TETTE

**Trabajo de grado para optar el título de
Abogado**

**Director
Ramiro Pinzón Asela**

**UNIVERSIDAD INDUSTRIAL DE SANTANDER
FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA
BUCARAMANGA
2015**

DEDICATORIA

A mis padres Fabio Tamayo y Lorena Tette quienes han sido mi apoyo, mi polo a tierra, mi felicidad,

A mis hermanas Nancy y Juana que hacen de cada momento uno memorable,

A mis grandes amigos Nathalia, Angie y Henry que hicieron de mi paso por la Universidad uno más ameno, más completo,

A mi profesor Ramiro Pinzón Asela por su confianza, compañía y enseñanzas.

Lorena T.T.

“En una Nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse”

Carlos Gaviria Díaz.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco de manera especial al director de este proyecto el profesor Ramiro Pinzón Asela, por su dedicación en la enseñanza del derecho, de un derecho humanitario e igualitario, por sus lecciones y dirección en este proyecto que concreta mis estudios de pregrado. De igual forma quiero agradecer a aquellos docentes que desde el aula de clase no solo me transmitieron conocimiento sobre normas e instituciones, sino generaron inquietudes que han hecho posible trabajos como el que se presenta.

CONTENIDO

INTRODUCCION.....	11
Capítulo 1. CONTEXTUALIZACION; DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN COLOMBIA	12
1.1 FUNDAMENTACION Y ORIGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	13
1.2 DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.....	18
1.2.1 Instrumentos de derecho internacional en materia de derechos de comunidades indígenas.....	21
1.3 COLOMBIA ESTADO MULTICULTURAL.....	23
CAPITULO 2. TEORIAS DE INTERPRETACION JURIDICA.....	25
2.1 HERMENEUTICA JURIDICA EN EL MARCO DEL CONSTITUCIONALISMO	25
2.2 REGLAS, PRINCIPIOS Y VALORES. ESTRUCTURA Y MODELOS DE INTEPRETACION.....	31
2.2.1 CONFLICTOS DE REGLAS Y PRINCIPIOS	34
2.3 METODOS DE INTERPRETACION EN LA TRADICION JURIDICA.....	35
2.3.1 El bloque de constitucionalidad, ampliación del catálogo de derechos y principios en el Estado Social y Democrático de Derecho.....	39
2.4 EL JUICIO DE PONDERACION; MODELO DE INTERPRETACION CONSTITUCIONAL	41
CAPITULO 3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS DE JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y APLICACIÓN DE FUERO PENAL INDIGENA	52
3.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, AUTONOMIA INDIGENA Y DIVERSIDAD ETNICA EN LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CONCLUSIONES FINALES	73
BIBLIOGRAFIA	75

LISTA DE TABLAS

	PAG
Tabla 1.Jurisprudencia Corte Constitucional.....	67

RESUMEN

TITULO: La hermenéutica constitucional en la solución de conflictos de jurisdicción especial indígena, un análisis de criterios de interpretación en la aplicación del fuero penal indígena. *

AUTOR (es): LORENA ANDREA TAMAYO TETTE.**

PALABRAS CLAVES: Hermenéutica jurídica, juicio de ponderación, Jurisdicción Especial Indígena, Fuero Penal Indígena, Diversidad étnica y cultural.

DESCRIPCIÓN

La Constitución Política de Colombia desarrolla la cláusula del Estado Colombiano como Estado Social y Democrático de Derecho, fundado en el respeto por la dignidad humana que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. En ese sentido, adquiere la connotación de Estado Multicultural y en el desarrollo de políticas y acciones estatales tendientes a la integración (sin que suponga asimilación) de las comunidades étnicas que habitan en el territorio nacional, se creó por mandato constitucional la Jurisdicción Especial Indígena, dotando de facultades jurisdiccionales a las autoridades de estas comunidades para conocer los casos de especial interés y resolverlos aplicando sus usos y costumbres ancestrales. El ejercicio de los derechos a la Jurisdicción Especial Indígena y conexos, en ocasiones, entran en conflicto con otros derechos y principios de rango constitucional, por lo cual el juez constitucional debe por medio del juicio de la ponderación y atendiendo a los principios constitucionales establecer una prevalencia condicionada de principios para dar solución al caso. En el presente trabajo se pretende establecer si de acuerdo con los anteriores presupuestos, la Corte Constitucional en los fallos de acción de tutela protege los derechos a la diversidad étnica, dignidad humana y autonomía indígena.

* Trabajo de grado

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Ramiro Pinzón Asela, Abogado.

ABSTRACT

TITULO: constitutional hermeneutics in resolving conflicts of jurisdiction special Indian, an analysis of interpretive criteria application indigenous criminal courts.*

AUTOR (es): LORENA ANDREA TAMAYO TETTE**

PALABRAS CLAVES: Constitucional hermeneutics, special jurisdiction, diversity ethnic and cultural.

DESCRIPCIÓN

The Colombian State was raised by the Social state of right in the 1991 Political Constitution. The fundamental axis of this Constitution is to fulfill the general interest of the State. One of the most values rights includes in the political constitution is the diversity ethnic and cultural of the nation, that results in a recognition of the difference and the consecration of multiples rights for the Indian people like the human dignity, Indian autonomy, the right of preserve their traditions and customs.

The most important right is consider them able to know the situations that affects his community, facts that come about in to their territory and made by his people. That group of constitutional rights can collide with others values and the judge has to resolve it by the weighting judgment.

This work wants to set up the way by the Colombian Constitutional Court resolve it, how she does it and if that way respect the Indian people rights. In this way, this work is going to show what are the interpretation methods that are actually used in the interpretation and application of law and fundamental rights in the solution of Indian special jurisdiction conflicts in Colombia.

* Bachelor Thesis.

** Facultad de Ciencias Humanas. Escuela de Derecho y Ciencias Políticas. Director: Ramiro Pinzón Asela, Abogado

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, es resultado de luchas y tensiones históricas gestadas en el interior del país, en esta, por primera vez se hace un reconocimiento jurídico, político y social de los valores que fundan el ordenamiento jurídico; la vida, la dignidad humana, el pluralismo jurídico y la diversidad étnica, reconociendo la naturaleza multicultural del país y dotando de valor la diferencia de sus pobladores.

Dicho reconocimiento más allá de un aliciente político, resultó en la positivización de derechos fundamentales de especial interés para las comunidades indígenas que históricamente habían recibido un trato discriminatorio. Tales derechos se resumen en el derecho a la vida, a subsistir conforme sus usos y costumbres y a no ser desaparecidos como grupos sociales.

Para tal fin, el constituyente dispuso en su articulado principios como la diversidad étnica, el pluralismo jurídico, la autonomía de las comunidades indígenas, la creación de la Jurisdicción Especial Indígena y el derecho a la aplicación del Fuero Penal Indígena a miembros de estas comunidades bajo ciertos presupuestos.

A la fecha pese al mandato constitucional del artículo 246, no existe una ley de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional, de manera que la aplicación del fuero penal indígena a miembros de comunidades étnicas por parte de sus autoridades y en desarrollo de la facultad jurisdiccional concedida, ha sido sentada por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, que a partir de principios y derechos constitucionales ha definido criterios que siguen suscitando dudas en cada nuevo caso a interpretar.

La Corte Constitucional en el desarrollo de sus funciones no ha sido ajena a las nuevas teorías de la argumentación y a la nueva concepción del derecho en el Estado Constitucional, que reconoce obligatoriedad a los principios y derechos fundamentales pese que estos no estén consagrados en la estructura de las reglas;

supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, contrario sensu, estas normas son generales y abstractas, y en este paradigma del Estado Constitucional, no solo son mandatos, en este estado de cosas, estas normas cuentan con recursos y acciones para su protección y restablecimiento, esto es la acción de tutela.

Esta estructura particular de las normas que integran el ordenamiento jurídico sin tener la estructura de normas jurídicas, ha hecho necesario repensar las teorías de argumentación y los métodos de interpretación jurídica, se ha abierto paso a nuevos modelos de interpretación; un cambio en el modelo de aplicación de normas jurídicas de la aplicación lógica para “lograr una argumentación a partir de un sistema axiológico teleológico”.¹

En ese contexto, el presente trabajo persigue como objetivo general, Determinar desde la perspectiva de la Hermenéutica Constitucional si los fallos sobre solución de conflictos de jurisdicción indígena y aplicación del fuero penal indígenas proferidos por la Corte Constitucional Colombiana respetan los principios de la dignidad humana, diversidad étnica y autonomía indígena. Para tal efecto, tras una contextualización del estado de los derechos de las comunidades indígenas en Colombia, se desarrolla un análisis de las teorías de la argumentación, para posteriormente aplicar dicho análisis al estudio de las sentencias de la Corte Constitucional sobre la materia.

¹ ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

CAPITULO 1. CONTEXTUALIZACION; DERECHOS FUNDAMENTALES, ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y COMUNIDADES INDIGENAS EN COLOMBIA.

El Estado Constitucional, se funda en el reconocimiento de derechos fundamentales de todas las personas y por consiguiente en su obligación de protección y garantía de estos. Dicho reconocimiento es de especial interés tratándose de Comunidades Indígenas en el territorio colombiano que históricamente han sido discriminadas, y que solo tras la promulgación de la Constitución política Colombiana de 1991, han tenido un tratamiento en principio constitucional, (pues en otras esferas gubernamentales ha habido un desarrollo tardío de dicho cambio), en armonía con la dignidad humana y se ha reconocido el valor de su diferencia y el deber de su preservación al consagrar la Diversidad Étnica como principio constitucional.

A continuación, se hará un breve esbozo del desarrollo conceptual y de la positivización de los derechos fundamentales, hasta llegar al momento histórico del reconocimiento de los derechos comunidades indígenas colombianas y los mecanismos de su protección en el ordenamiento jurídico Colombiano.

1.2. FUNDAMENTACIÓN Y ORIGEN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

Los derechos humanos y en consecuencia los derechos fundamentales tienen respaldo, origen y fin en la Dignidad Humana, a su vez, han sido entendidos desde una perspectiva ética, como una “afirmación universal de los valores humanos”², política; “reivindicaciones sociales emancipatorias”³, y jurídica como derechos exigibles a los estados y llevados a la categoría de derechos fundamentales.

² GOMEZ MONTAÑEZ, Jaime. Derechos Humanos y Estado Social de Derecho. Cúcuta: Editorial Departamento de publicaciones, Universidad Libre, 2011. p16.

³ *Ibíd.*, p. 16.

Los derechos humanos “son atributos o exigencias que dimanar de la propia naturaleza, que son anteriores a la constitución de la sociedad civil y que siendo previos y superiores al derecho estatal, deben ser reconocidos por este”.⁴

⁴ *Ibíd.*, p. 60.

Desde una perspectiva positivista, Ferrajoli define los derechos fundamentales como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa de prestaciones o negativa de no sufrir lesiones, adscrita a un sujeto, prevista así mismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad, para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas”.⁵

Tal concepto es restringido por cuanto es claro, al menos en el caso Colombiano, que los derechos no tienen una consagración cerrada en la Constitución, por cuanto en virtud del Bloque de Constitucionalidad, se integran principios y derechos no consagrados expresamente en el texto constitucional en razón de la existencia del principio de la Dignidad Humana, “como valor básico que fundamenta los derechos humanos, ya que su afirmación no solo constituye una garantía de tipo negativo que protege a las personas contra vejámenes y ofensas de todo tipo, sino que debe también afirmar positivamente a través de los derechos el pleno desarrollo de cada ser humano y de todos los seres humanos”.⁶ En concepto de Jhon Rawls y Dworkin, los derechos humanos “son derechos fundamentales, derechos que están más allá de la positivación jurídica y, por lo tanto, ínsitos en la moral, ya sea entendidos como derechos naturales o como derechos morales, están por encima e independientemente de la politización”. Su desarrollo ha sido producto procesos históricos, cuya fundamentación responde a corrientes iusnaturalistas, historicistas, éticas y positivistas. El profesor Jaime Gómez, propone la institucionalización de estos derechos como “resultado de luchas sociales de los pueblos por sus libertadores y el progreso de triunfos de los cuales hoy disfrutamos como patrimonio de la humanidad”⁷, el planteamiento de dicho modelo de institucionalización la propone en cuatro etapas:

- a. Etapa de “exaltación de la libertad individual”⁸, derechos de autonomía, ligada a la tradición liberal y contrapuesta al poder feudal.

⁵MORENO CRUZ, Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. Bogotá: Universitas, 2006. P13.

- b.** Etapa de reconocimiento de los derechos de participación, cuyo soporte se encuentra en la filosofía democrática.
- c.** Etapa de exigencia de derechos prestacionales como derechos exigibles al estado, “cuyo germen se encuentra en las luchas sociales y políticas de estirpe de la ideología socialista que buscan garantizar la dignidad de las personas”.⁹
- d.** Surgimiento de los derechos colectivos o de solidaridad, “ligados a todo el género humano trascendiendo más allá de las personas individualmente consideradas”.¹⁰

Paralelamente a esta estructura de institucionalización de los derechos fundamentales, se encuentra la descripción generacional, con el único objeto de lograr una descripción histórica de su desarrollo, sin desconocer la interdependencia de los derechos humanos pese la división generación a presentar.

- a.** Derechos de primera generación: su cuna fue la revolución francesa, en resumen son los derechos civiles y políticos, derechos de participación, cuyo goce dependía de atributos como nacionalidad y la ciudadanía. Estos fueron consagrados en “las declaraciones americanas de 1776, la declaración Universal de los derechos del hombre y del ciudadano 1789”¹¹.
- b.** Derechos de segunda generación: son los llamados derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho al trabajo, la seguridad social. La educación, salud, alimentación y vivienda digna, son derechos que propenden por “la igualdad fáctica de los seres humanos”¹², y conllevan a un actuar del estado, la obligación del Estado en el marco de estos derechos no

⁶ NOGUERA ALCALA, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2003. P 159.

⁷ *Ibíd.*, p. 31.

⁸ *Ibíd.*, p. 31.

⁹ *Ibíd.*, p. 32.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 32.

¹¹ *Ibíd.*, p. 42.

¹² *Ibíd.*, p. 43.

se limita a la abstención como sucede con los derechos relativos a las libertades clásicas, sino que impone deberes positivos, cargas prestacionales para la garantía de estos derechos.

- C. Derechos de tercera generación: relativos a “los derechos colectivos y/o de solidaridad que tienen que ver con la autodeterminación de los pueblos, la preservación del genero humanos y nuestra responsabilidad con futuras generaciones”.¹³

De igual forma la institucionalización de los derechos fundamentales y su paulatino reconocimiento en normas jurídicas, ha estado íntimamente ligada a las diferentes fórmulas de Estado; Estado de Derecho: reconocimiento del principio de legalidad y seguridad jurídica como límites al poder estatal, el Estado Democrático: derechos de participación y Estado Social: derechos que tiendan a mejorar la vida de las personas.

Tienen como características comunes la universalidad, pues, “los estados tienen el deber, sean cuales sean sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover y proteger todos los derechos humanos, de las libertades fundamentales”,¹⁴ supra y transnacionalidad, toda vez que los derechos humanos no están sujetos a la territorialidad, irreversibilidad, referida a la “imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente la persona humana, una vez que el Estado lo ha reconocido a través de un tratado internacional, ya que ellos son inherentes a la persona y el texto constitucional y el procedimiento señalado por este solo los asegura y garantiza”¹⁵, progresividad, que da lugar a la aplicación de disposiciones en materia de derechos humanos contenidas en instrumentos de derecho internacional en el evento en que el Estado no garantice el derecho, posición preferencial de los derechos toda vez que “la persona es el objeto y

¹³ *Ibíd.*, p. 44.

¹⁴ NOGUERA ALCALA, Humberto. *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2003. P 84.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 85.

finalidad de toda actuación estatal”,¹⁶ eficacia erga omnes de los derechos, pues estos son “plenamente aplicables no solo a las relaciones particulares – Estado, sino también entre particulares”.¹⁷

Para el objeto del presente estudio, es importante analizar a fondo el contenido axiológico de la fórmula del Estado Social de Derecho. Este, tiene fundamento en la igualdad material, la dignidad humana y el pluralismo de una sociedad. En el Estado Social, la Constitución Política, “pasa a contener valores que representan un catálogo a partir del cual se derivan el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico, las cuales pueden tener una consagración explícita o implícita”.¹⁸

La Constitución Política Colombiana contiene derechos como la dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, prevalencia del interés general, y su fórmula presupone entre otros deberes del Estado, garantizar las esferas de libre interferencia, las condiciones materiales mínimos de existencia, realizar los derechos sociales, económicos y culturales deberes de abstención y prestaciones definidas.

En tal marco, los derechos fundamentales, “son derechos subjetivos del individuo frente al estado”¹⁹, como resultado de positivización de los bienes más preciados de una sociedad producto de un consenso y que por su naturaleza son de aplicación inmediata, son aquellos esenciales de la persona humana, reconocidos expresamente por el constituyente y tratados internacionales sobre derechos humanos.

La sola consagración constitucional de los derechos fundamentales por sí misma no los dota de efectividad, para ello hacen falta instrumentos jurídicos para su defensa y garantía, en el caso colombiano la acción de tutela.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 89

¹⁷ *Ibíd.*, p. 89.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 78.

¹⁹ *Ibíd.*, p. 84.

El Estado Social debe ser a su vez un Estado Constitucional Garantista, legitimado según Ferrajoli en dos esferas; formal; como Estado de Derecho sujeto a la ley y su cumplimiento, y sustancial, como garante de derechos fundamentales, siendo el Estado Social “un Estado Liberal mínimo y un Estado Social máximo”.²⁰

Las minorías étnicas han sido avocadas a un proceso mucho más lento para la consecución del reconocimiento de sus derechos y del fin de intentos estatales de asimilación cultural y exterminio de sus comunidades. A continuación se hará un breve recuento de las luchas de los grupos étnicos culturales colombianos para la consagración constitucional de su derecho a la supervivencia.

1.3 DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y SU RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL.

Camilo Borrero García en su libro Multiculturalismo y Derechos Indígenas, hace un recuento histórico de la lucha emprendida por las comunidades indígenas colombianas por el reconocimiento de sus derechos como grupo étnico, en especial el derecho a la supervivencia y a la no desaparición forzada de las comunidades. Encuentra que el Consejo Regional Indígena del Cauca CRIC, emprendió pequeñas batallas que incluirán “la recuperación y ampliación de las tierras de los resguardos, fortalecimiento de los cabildos, no pago de terraje, promoción y aplicación de las leyes indígenas, defensa de la historia, la lengua y costumbres y formación de profesores indígenas”.²¹

Del movimiento CRIC, se expresó Orlando Fals Borda; “la patria viene a ser producto y esencia del pueblo que trabaja y crea: es el pueblo mismo. Por eso es explicable y justificada la resistencia del CRIC porque su lucha no es solamente por

²⁰ MORENO CRUZ, Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. Bogotá: Universitas, 2006. P8.

²¹ BORRERO GARCIA, Camilo. Multiculturalismo y derechos indígenas. Bogotá: Editorial Antropos Ltda., 2004. P46.

su propia sobrevivencia, sino también por la sobrevivencia de la patria. Allí está el significado intrínseco del esfuerzo de ese heroico y perseguido grupo, y también el valor que ello tiene para todos nosotros, aunque no seamos indígenas. Por lo mismo, debemos identificarnos con estas luchas libertarias, porque en ello va nuestro propio futuro como nación y como pueblo”.²²

En 1982, tras procesos de integración indígenas, se crea la Organización Nacional Indígena, ONIC, cuya agenda comprendía los siguientes puntos: “defensa de la autonomía indígena y de sus territorios, recuperación de tierras usurpadas, control de los recursos naturales situados en tierras indígenas, impulso a las organización económicas, educación bilingüe y bicultural, recuperación e impulso de la medicina tradicional indígena, programas de salud y cultura y aplicación de la legislación indígena favorable a su causa”²³, esto suponía un cambio de paradigma en la relación Estado y comunidades indígenas, completamente contrario a las disposiciones legales vigentes como la ley 89 de 1890 que pretendía la integración de las comunidades indígenas a la cultura mayoritaria, que suponía estrategias de aculturación de estos grupos étnicos.

Tras luchas sociales pacíficas y en algunos eventos armadas, las comunidades indígenas organizadas logran el reconocimiento de algunos territorios como suyos, se legalizo su titulación y se adquirieron por parte del INCORA terrenos para ser adjudicados a las comunidades indígenas. El gran avance en materia de derechos para estas colectividades tuvo lugar en la Constitución de 1991, texto en el que por primera vez son coautores líderes de comunidades indígenas y gracias a ello sus pretensiones de reivindicación fueron materializadas.

La Corte Constitucional en sentencia T-428 de 1992 da cuenta de la participación de las comunidades indígenas en la elaboración del texto constitucional y la importancia de dicha partición. En el fallo en mención cita la intervención del

²² *Ibíd.*, p. 47.

²³ *Ibíd.*, p. 48.

representante indígena Rojas Birry: “La Nación colombiana tiene derecho a que se le defina como ella es y no como una abstracción jurídica. Nos hemos propuesto, al venir aquí, dejar siglos enteros de negar lo que somos y avanzar unidos en el autodescubrimiento de nuestra identidad, - es esa presencia de diversidad cultural reconocida y no desconocida, promovida y no avasallada la que puede llegar a constituirse en la mejor barrera para la intolerancia en que se enraízan los comportamientos más violentos”.²⁴

En el mismo fallo, se recuerda la intervención de otro de los representantes indígenas en la Asamblea constituyente, Lorenzo Muelas: “dentro del panorama de inseguridad, de falta de trabajo, de tierra y conocimientos, de corrupción política, de secuestro del poder, plagas estas que afrontamos los indígenas además de la discriminación por ser distintos a los demás, porque pensamos diferente, sentimos diferente, actuamos diferente, por eso reclamamos el reconocimiento de la diversidad”.²⁵

Estas intervenciones hicieron eco en la Asamblea, manifestaciones que exigían reivindicación de derechos, de un pasado injusto, para hacer tránsito a una Nación más justa, ecuánime y en paz, pues la tolerancia y reconocimiento del valor de la diferencia abre caminos al crecimiento de la riqueza cultural del país y el logro de la garantía de la dignidad humana.

Lo anterior resultó en una constitución multicultural, “cuya columna vertebral está compuesta por los artículos 1, 7, 8 y 10 de la Constitución Política”²⁶, por cuanto establecen el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, que a su vez reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, protector de las riquezas culturales de la Nación. De igual forma, este articulado reconoce como lenguas oficiales los dialectos de los grupos étnicos.

²⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-428 (24, junio, 1992). MP: Ciro Angarita Barón.

²⁵ *Ibíd.*

²⁶ *Ibíd.*, p. 75.

El artículo 68 de la Constitución Política, “determina que los integrantes de los grupos étnicos tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”²⁷. El artículo 70 declara la cultura como fundamento de la nacionalidad y por ende la igualdad y dignidad de todas aquellas que habitan en el territorio colombiano.

En materia de participación política, el artículo 171 otorga representación de las comunidades indígenas en el Congreso de la Republica. Finalmente el articulo 246 dota de amplios derechos a las comunidades indígenas, por cuanto crea la jurisdicción especial indígena, de cuyo ejercicio se desprende su autonomía para decidir asuntos referidos a la administración de sus territorios, propiedad colectiva y por supuesto las facultades jurisdiccionales en la aplicación del fuero penal indígena como derecho los miembros de las comunidades indígenas a ser juzgados por autoridades de sus comunidades y conforme sus usos y costumbres.

De este articulado se evidencia el fin perseguido por el constituyente; la conservación de los usos y costumbres ancestrales de los pueblos indígenas como desarrollo del principio de la diversidad étnica y cultural sobre la que se cimienta el Estado Colombiano.

1.3.1 Instrumentos de Derecho Internacional en materia de derechos de Comunidades Indígenas.

El derecho internacional no ha sido ajeno a los procesos históricos relativos al reconocimiento jurídico de los derechos de minorías étnicas, comunidades indígenas, ello, en el marco del orden universal de los derechos humanos que son aplicables sin consideración del territorio en que se encuentren las personas. El derecho internacional Público, en esa esfera supranacional, ha fungido como directriz de la positivización de derechos de especial interés para las comunidades indígenas.

²⁷ *Ibíd.*, p. 76.

Prueba de ello son instrumentos como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada el día 21 de diciembre de 1965, poniendo en cabeza de los estados partes, en su artículo segundo, la obligación de adopción de “medidas especiales y concretas en las esferas social, cultural y en otras esferas para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales”.

El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, por medio de la cual los estados partes, se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación en razón de raza, sexo o color. En el mismo sentido está el protocolo facultativo del pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada en el año 2006, contiene una serie de disposiciones que enaltecen la diferencia propia de las culturas y en ese orden, en su artículo cuatro consagra el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, autonomía y autogobierno, en su artículo 5 hace mención al derecho de las comunidades indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales. El artículo 8 de esta declaración, consagra el derecho de estos pueblos a no ser sometidos a la asimilación forzada, por ende a la no destrucción de su cultura. Entre muchos otros, el artículo 11 declara el derecho a estos grupos a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales.

El convenio 169 de la OIT, va mucho más allá y consagra una serie de derechos para los grupos étnicos que se resumen a continuación:

- a. Derecho a que se reconozcan y protejan sus valores, sus costumbres y tradiciones, sus instituciones y sus prácticas sociales, políticas, jurídicas, culturales, espirituales y religiosas.
- b. Derecho a la consulta previa a la adopción de medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente.
- c. Derecho a decidir sus prioridades en el proceso de desarrollo económico, social y cultural, y a participar en la formulación y aplicación de los planes y programas de desarrollo, nacionales o regionales, que los afecten.
- d. Derecho a tener la propiedad y posesión de las tierras que ocupan tradicionalmente y a utilizar, administrar y conservar los recursos naturales existentes en aquellas.
- e. Derecho a que se tengan en cuenta las características económicas, sociales y culturales de su respectivo pueblo cuando se impongan sanciones penales previstas en la legislación general”.²⁸

Otro instrumento pertinente para el objeto de este estudio es la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías Nacionales o étnicas, religiosas y lingüistas. Esta, consagra el derecho a la conservación de usos y practicas particulares de las diferentes minorías, y la obligación de los estados de crear las condiciones ideales para que esto sea posible.

Es este a grandes rasgos, un marco del derecho internacional en materia de derechos de pueblos indígenas, muchos de los cuales integran el ordenamiento jurídico colombiano en virtud del Bloque de Constitucionalidad.

1.4 COLOMBIA; ESTADO MULTICULTURAL.

Las disposiciones constitucionales referidas a derechos de las comunidades indígenas y a la diversidad étnica y cultural de la Nación, conllevan a afirmar con

²⁸ OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Derechos de los pueblos indígenas, Bogotá. 2002.

seguridad que el Estado Colombiano es uno multicultural, que reconoce el valor de la diferencia y la importancia de su protección.

La consagración de derechos debe ir acompañada de mecanismos que los hagan efectivos, en ese sentido, el multiculturalismo resulta en “la aplicación de políticas de integración a determinados grupos que han sido excluidos o marginados de la estructura social y política del país, y a diferencia de las políticas de asimilación el multiculturalismo exige una voluntad de reconocimiento por parte del estado y la sociedad mestiza mayoritaria”.²⁹

Estas acciones son emprendidas en materia de solución de conflictos de jurisdicción especial y fuero penal indígena por la Corte Constitucional en fallos de acción de tutela con fundamento en el principio de la diversidad étnica y cultural que no es más que “la aceptación de la pluralidad de factores de origen y culturales de un pueblo y es el fundamento de la responsabilidad pública de reconocer las diferencias”.³⁰ En ese sentido, según Camilo Borrero, son dos los principios constitucionales en materia de multiculturalidad: “el reconocimiento de nuestra Nación como étnica y culturalmente diversa y la conformación de nuestro territorio en muchas regiones”.³¹

Siguiendo al mismo autor, Las comunidades indígenas son sujeto colectivo de derechos fundamentales amparados por la acción de tutela ante eventuales vulneraciones o puesta en riesgo y resume estos derechos en los siguientes: supremacía física y cultural, autodeterminación política, judicial y económica sobre sus recursos y territorios, participación política, identidad cultural, igual dignidad entre culturas, representación en órganos de decisión, participación en planes de desarrollo, propiedad sobre sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y

²⁹ MORENO PARRA, Héctor. El multiculturalismo en la Constitución Política de 1991: en el marco del bicentenario. Cali: Editorial Universidad del Valle programa editorial, 2010. P 68.

³⁰ *Ibíd.*, p. 68.

³¹ *Ibíd.*, p. 110.

espirituales, conservación del medio ambiente y propiedad intelectual sobre sus conocimientos ancestrales.

La consagración constitucional de estos derechos de las comunidades indígenas, plantea conflictos entre estos y otros principios de igual rango de especial interés para la cultura mayoritaria, para el profesor Daniel Bonilla, se resume en dos tensiones: la tensión entre unidad cultural y diversidad cultural y el principio de unidad política y el autogobierno de las autoridades culturales. Dichos conflictos conforme los presupuestos teóricos expuestos, han de ser resueltos por el juez constitucional por medio del juicio de ponderación como metodología de interpretación constitucional y atendiendo a los derechos aquí enunciados.

CAPITULO 2. TEORIAS DE INTERPRETACION JURIDICA

2.1 LA HERMENÉUTICA JURÍDICA EN EL MARCO DE CONSTITUCIONALISMO

Para abordar la temática del presente capítulo es necesario hallar un consenso sobre el significado de HERMENÉUTICA JURIDICA. Esta es comprendida como aquella tarea de “asignar significado a expresiones del lenguaje jurídico”³², de manera que “no solamente indaga el sentido de una norma, sino la relación sistémica de las normas, sus antecedentes históricos, los fines sociales, las consecuencias de la interpretación, etc.”³³ Así, la interpretación jurídica apunta a la “aplicación de la ley al caso concreto, pero también es la adecuación del contexto a la creación del espíritu normativo”³⁴ toda vez que el derecho es producto de una construcción social y su objeto es la protección de los bienes jurídicos (que resultan de un consenso social sobre los valores más preciados) del conglomerado social.

En palabras de Hart, “el estudio del lenguaje que usamos al hablar de derecho, es al mismo tiempo un estudio de las prácticas sociales que constituyen el derecho; el

³² DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004. P 12.

³³ *Ibíd.*, p. 14

³⁴ OCHOA, Victoria. Hermenéutica y realidad socio jurídica. Bogotá: Centro Editorial Procuraduría General de la Nación. 2007. P 60.

análisis lingüístico y la descripción sociológica se implican mutuamente”.³⁵ Máxime cuando la práctica del derecho y la constitucionalizarían del mismo conllevan a la existencia de un derecho vivo y cambiante conforme el ritmo social.

Por constitucionalismo tenemos que es “la limitación de la actividad gubernamental por medio de una técnica jurídica que impone deberes acción para la garantía del derecho y omisión en cuanto su puesta en riesgo o vulneración”³⁶, dicha corriente incide directamente en el proceso hermenéutico, pues predetermina como ha de interpretarse el mundo jurídico, esto es atendiendo a los principios y valores constitucionales y a los derechos fundamentales, sin dejar de lado los imperativos en materia de derechos humanos contenidos en instrumentos de derecho internacional, ratificados por el estado colombiano y que integran el ordenamiento jurídico en virtud del bloque de constitucionalidad.

La hermenéutica jurídica, en un sistema jurídico en el que impera una constitución material, comprendida esta como “un consenso de contenido sustantivo formado por normas de diferente denominación (valores principios, derechos o directrices) pero de un idéntico sentido, que es decirle al poder no solo como ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también que es lo que puede e incluso, a veces que es lo que debe decidir”³⁷, impone al operador jurídico, al juez, garantizar su contenido, por lo cual su práctica consistirá “en escoger caso por caso aquellos métodos de interpretación que lleven a un resultado satisfactorio”.³⁸, esto es “encontrar el resultado constitucionalmente exacto en un procedimiento racional y controlable de la interpretación”.³⁹

³⁵ RODRÍGUEZ, Cesar. La decisión judicial, el debate Hart- Dworkin. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2005. P 22.

³⁶ CARBONELL, Miguel. Teoría del Neo constitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007. P 34

³⁷ FERRAJOLI, Luigi. Teoría del Neo constitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2007. P 214

³⁸ KAUFFMANN, Arthur. Hermenéutica y derecho. Granada: Editorial Comares S.L., 2007 p78

³⁹ AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. Hermenéutica jurídica y concreción judicial. Bogotá: Editorial Temis, 2006 p 220.

En ese sentido el profesor Oscar José Dueñas en su texto “lecciones de hermenéutica jurídica”⁴⁰ señala “los mandatos hermenéuticos para funcionarios judiciales”:

1. “Todos los mandatos del ordenamiento jurídico se deben interpretar de forma tal que su sentido guarde coherencia con las disposiciones constitucionales”⁴¹, de manera que el operador jurídico debe desechar toda interpretación contraria a la ley, en caso de hallar dos interpretaciones posibles, ha de preferirse la que resulte adecuada en mayor medida a los mandatos constitucionales y frente a una colisión entre principios ha de decidirse conforme criterios de razonabilidad y debe argumentarse la decisión tomada.
2. La arbitrariedad y la irrazonabilidad son límites claros a la interpretación constitucional, pues “los frutos del ejercicio jurídico deben ser razonables”⁴².
3. Por su especial estructura y contenido, los principios se imponen sobre las reglas y de ahí se colige la prevalencia de la justicia material.

Así, en el marco del constitucionalismo y refiriéndonos a la labor hermenéutica confiada a las jueces para la garantía del contenido material de la constitución, tenemos que se le puede exigir al poder judicial “el traer a la luz y el realizar en sus decisiones, representaciones de valores inminentes al orden jurídico constitucional, pero que no apenas de manera incompleta, llegaron a expresarse en los textos de las leyes escritas en un acto de reconocimiento valorizador”.⁴³ Lo que quiere decir que el operador jurídico ha de aplicar las disposiciones constitucionales e ir más allá, atendiendo principios y derechos que pese no estar consagrados taxativamente, se encuentran implícitos en el espíritu de las normas allí consagradas. Dicha regla hermenéutica ha de ser usada en la solución de conflictos

⁴⁰ DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004. P 16.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 16

⁴² *Ibíd.*, p. 17

⁴³ AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. Hermenéutica jurídica y concreción judicial. Bogotá: Editorial Temis, 2006 p 220.

de jurisdicción en la aplicación de fuero penal indígena, tema en el que hay una laguna legal frente a la coordinación de los sistemas y en los que cada caso presenta situaciones particulares que hacen necesaria la ponderación de principios para una solución conforme el orden constitucional e internacional en materia de derechos humanos. Esto, entendiendo que “el derecho ordena de forma perentoria para lograr la coordinación de la conducta humana (mediante reglas textuales y taxativas), pero también cumple con funciones de orientación, moralización, inspiración e invita a la acomodación prudencial de intereses (mediante principios no taxativos)”.⁴⁴

Conforme lo anterior y siguiendo los mandatos interpretativos del profesor Oscar José Dueñas Ruiz y este a su vez remitiéndose a las teorías de Dworkin, el juez al conocer un caso ha de pasar por tres etapas; la pre interpretativa en la que identifica el derecho aplicable al caso bajo estudio, la interpretativa, en la que fija el significado del derecho y la pos interpretativa, en donde hace una reformulación del derecho para llegar a una mejor interpretación. Estas etapas se corresponden a la metodología del derecho descrita por Arthur Kauffmann, en la que el intérprete debe atender advertencias preliminares:

1. El derecho es un procedimiento analógico entre la ley como el deber ser y el caso como ser y la legislación como resultado de la ocurrencia de varios casos similares que conllevan a una creación de la ley, deben ser atendidos en el proceso interpretativo del derecho.
2. Atender la construcción escalonada del derecho por cuanto este se estructura en el entender del autor en tres escalones, estando conformado el primero por principios jurídicos generales, abstractos, supra positivos y supra históricos, el segundo por las reglas jurídicas aplicables, concreto generales, positivo vigentes y el tercero formado por el derecho concreto, positivo, material, histórico, que se encuentra en la decisión del caso. Dicha

⁴⁴ LOPEZ MEDINA, Diego. Los principios jurídicos en el viejo y en el nuevo derecho. Bogotá: Universidad de los Andes, Revista de Derecho Privado No. 47, junio 2012.

construcción escalonada del derecho puede asimilarse a la concepción piramidal positivista de Kelsen.

3. La comprensión hermenéutica del método jurídico ha de tener una fundamentación más allá de la norma y el operador podrá optar de forma argumentada por el método jurídico adecuado al caso:
 - De Robert Alexy según el cual debe establecerse “reglas prescriptivas de argumentación y prioridad”.⁴⁵
 - De Jhon Rawls, que afirma que “hay que reconocer prioridad argumentativa a la persona que se haya en peor posición en lo referente a sus capacidades individuales para hacer valer las pretensiones de validez, cuando se da una situación en la que quedaría todavía peor aún que en el supuesto de que se diese prioridad al meta orden individual de la persona mejor situada, o sea, la tutela de las minorías, derechos fundamentales y libertades fundamentales”.⁴⁶

Siguiendo a Dworkin, la interpretación jurídica se lleva a cabo en tres fases, la pre interpretativa en la que “el intérprete identifica las reglas y principios que hacen parte de esas prácticas”⁴⁷, siendo ello resultado de un consenso social sobre la norma y su contenido. La segunda fase, en ese orden, es la interpretativa, en la que “el intérprete debe ofrecer una justificación moral y política de los elementos de la práctica jurídica identificados en la primera fase”⁴⁸. Finalmente en la tercera fase, la pos interpretativa, “el intérprete formula reformas a la práctica jurídica existente, con el fin de acercarla a los requerimientos de la justificación desarrollada en la fase interpretativa”⁴⁹.

⁴⁵ KAUFFMAN, Arthur. *Hermenéutica y derecho*. Granada: Editorial Comares, 2006 p 107.

⁴⁶ *Ibíd.*, p. 108.

⁴⁷ RODRIGUEZ, Cesar. *El debate Hart – Dworkin*. Bogotá: Editorial siglo del hombre editores, 2005 p 63.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 63.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 63.

En este escenario de un estado constitucional que conlleva a “la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos y que el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica haya corrido también paralela a la progresiva implantación del modelo de estado constitucional”, se supera el positivismo jurídico como teoría normativa que a su vez delimita la labor interpretativa, para abrir paso a una nueva concepción del derecho, en la que, en palabras del profesor Manuel Atienza, “la idea de que el derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto o no solo en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto o también en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. - Ligado a lo anterior, la importancia que se le concede a la interpretación que es vista, más que como resultado de un proceso racional y conformador del derecho”. Así, se entiende que el derecho no reside en la norma, este nace y se construye en la labor interpretativa, cuando esta se desarrolla atendiendo a todo el sistema jurídico, en especial al contenido de principios, valores, fines y derechos constitucionales.

Son estas normas de especial estructura y los casos difíciles los que exigen nuevos modelos interpretativos. A continuación, se repasara brevemente la estructura de las normas que informan el ordenamiento jurídico para posteriormente divisar los métodos de interpretación usados en la tradición jurídica, para finalmente hallar el método interpretativo que conforme los cánones del nuevo derecho en el Estado Constitucional, de respuesta a los conflictos de Jurisdicción Especial Indígena referidos a la aplicación del Fuero Penal Indígena.

2.2 REGLAS, PRINCIPIOS Y VALORES. ESTRUCTURA Y MODELOS DE INTERPRETACIÓN.

Para explicar la estructura y funcionamiento del derecho según Hart, hace falta estudiar el contenido y origen de las reglas que informan el ordenamiento jurídico. Así, el derecho siguiendo a Hart se compone de reglas primarias que “imponen

deberes positivos – acciones o negativos – omisiones a los individuos”.⁵⁰ Reglas secundarias, relativas a las potestades de los particulares o autoridades públicas “para crear, modificar, extinguir o determinar los efectos de las reglas de tipo primario”.⁵¹ Estas reglas secundarias en su desarrollo contienen a su vez las reglas de cambio, referidas a la posibilidad de creación de derecho por medio de la función legislativa, las reglas de adjudicación propias de la función judicial y la regla de reconocimiento que determina la validez de las demás normas toda vez que Hart partiendo de una concepción jerarquizada del derecho, establece la Constitución política como criterio supremo de validez, pues, “tiene un carácter jurídico social, de un lado, es la fuente de validez del criterio supremo y por tanto es la regla ultima del sistema jurídico; de otro lado, es la enunciación de un hecho social consistente en la aceptación práctica del criterio supremo y de criterios subordinados como parámetros de identificación de las normas de dicho sistema”.⁵²

Por su parte, Dworkin encuentra que el derecho además de reglas, está integrado por principios y los diferencia así: las reglas según el autor, “operan dentro de un esquema de todo o nada. Si se dan los hechos estipulados por una regla o bien esta es válida y, por tanto el resultado que prevé debe ser alcanzado en el caso concreto; o bien es invalida y por eso no tiene ninguna incidencia en el caso”.⁵³ Por ello en caso de incompatibilidad de dos reglas, esto es, el fenómeno de la antinomia, una debe ser derogada para dar aplicación a la que guarda vigencia y es pertinente para el caso.

Contrario sensu, los principios “no establecen un nexo directo entre los hechos y la conclusión jurídica; generalmente es necesario hacer en una instancia intermedia del razonamiento, una comparación de principios encontrados”.⁵⁴ Con lo que se evidencia, que en caso de presentarse un conflicto entre principios, el juez ha de

⁵⁰ RODRÍGUEZ, Cesar. La decisión judicial, el debate Hart- Dworkin. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2005. P 25.

⁵¹ *Ibíd.*, p. 25.

⁵² *Ibíd.*, p. 28.

⁵³ *Ibíd.*, p. 49.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 51.

aplicar tras un proceso de ponderación y argumentación, el principio que encuentre adecuado, sin que ello implique una derogación del principio contrario.

Sobre la regla de reconocimiento en Dworkin, esta deriva de “la moralidad política propuesta por las normas e instituciones de la comunidad”⁵⁵, lo que presupone que las normas para ser válidas deben hacer parte de las instituciones reconocidas en la comunidad y que sean consistentes con la moralidad política que justifica esas instituciones.

Las reglas de reconocimiento en Hart y Dworkin se corresponden con el modelo colombiano por cuanto en nuestro sistema constitucional en el que existe una jerarquía normativa, la validez de todas las normas se deriva de su respeto y contenido armónico con los contenidos constitucionales que a su vez son manifestación del poder soberano y el constituyente primario; la sociedad colombiana.

En la búsqueda de la comprensión de la estructura de reglas y principios, se encuentra que en la teoría de Robert Alexy las reglas, “son normas que exigen un cumplimiento pleno y en esa medida, pueden ser solo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente”.⁵⁶ Tal nivel de prescripción y determinación de las reglas hacen que su aplicación se realice por medio del modelo de la subsunción.

Por otra parte, los principios en esta teoría “son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible en relación con las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados”.⁵⁷

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 59.

⁵⁶ ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho*. México: Editorial: litoroda S.A., 2005. P 193.

⁵⁷ *Ibíd.*, p. 194.

En una línea conceptual similar, la Corte Constitucional Colombiana en sentencia T-406 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Díaz, al referirse a los principios, manifestó que estos “consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional”.⁵⁸ En el desarrollo temático el presente trabajo se le ha adscrito tal connotación, la de principios como límite - acción del aparato gubernamental.

De igual forma en la sentencia en mención, la corte sobre los valores constitucionales manifiesta que “representan el catalogo axiológico a partir del cual se deriva el sentido y la finalidad de las demás normas del ordenamiento jurídico”⁵⁹, de manera que dan sentido al derecho.

Una vez caracterizadas las normas que integran el ordenamiento jurídico, es posible plantear las colisiones que pueden presentarse y los modelos de solución jurídica para la solución de estos.

2.2.1 Conflictos de reglas y principios.

Una vez dicho que en la aplicación de reglas y principios a un caso concreto se pueden presentar conflictos y colisiones, es menester revisar como mediante un procedimiento de interpretación y hermenéutica jurídica se puede hallar una solución racional al caso.

La antinomia es la contradicción normativa dentro de un sistema jurídico que tiene ocurrencia cuando se imputan consecuencias incompatibles a las mismas

⁵⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 (11, febrero, 1992). MP: Ciro Angarita Barón.

⁵⁹ *Ibíd.*

condiciones fácticas y la metodología jurídica apunta a una solución conforme criterios;

1. jerárquico, que propone la aplicación preferente de la ley superior derogando la inferior,
2. cronológico, que resulta en aplicación de la ley posterior que deroga la anterior y según un criterio de
3. especialidad, por medio del cual, se deroga la ley general en presencia de una especial.

Estos criterios de interpretación son los contenidos en la ley 157 de 1887 incorporada al Código Civil Colombiano, que resuelven la ocurrencia de antinomias.

El profesor Luis Prieto Sanchis, encuentra dos formas de antinomia; la antinomia interna o en abstracto, que tiene lugar cuando “los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente”⁶⁰, y la antinomia contingente o externa propia de los principios; “deberes categóricos o cuya observancia no está sometida a la ocurrencia de ninguna condición, pero que son prima facie o que pueden ser derrotados en algunos casos”.⁶¹ Así, en este tipo de antinomias no existe superposición de los supuestos de hecho de las normas, no puede resolverse mediante la declaración de invalidez de alguna de las normas, pero tampoco concibiendo una de ellas como excepción permanente de la otra, de manera que su solución ha de permitir la subsistencia del otro principio.

Esta, por tratarse de colisión entre principios ha de ser resuelta por medio de un juicio de ponderación conforme la teoría de Robert Alexy.

Antes de abordar el juicio de ponderación como método hermenéutico, es menester estudiar los métodos de interpretación clásicos usados en la aplicación del derecho, de forma expositiva y aclarar que estos en el paradigma del Estado Constitucional

⁶⁰ CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Editorial: V& M Graficas, 2008. P 88.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 89.

que consagra Principios y Derechos Fundamentales de aplicación inmediata, vinculantes y de especial estructura, no presentan soluciones suficientes en los llamados casos difíciles o en todo caso que requiera la aplicación de estas normas.

2.3 MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN EN LA TRADICIÓN JURÍDICA.

El profesor Oscar José Dueñas Ruiz en su texto de Lecciones de Hermenéutica Jurídica, recuerda los métodos de interpretación usados en la tradición jurídica universal, encontrando que los siguientes:

- a. Método exegético: “consiste en ceñirse estrictamente a la norma, - en entender sus expresiones en el sentido natural y obvio que ellas tienen en el lenguaje ordinario o en el técnico usualmente utilizado en la respectiva área del conocimiento”.⁶²
- b. Método histórico: consiste en la “búsqueda de la voluntad real del legislador”.⁶³
- c. Método teleológico: “busca la finalidad de la norma”⁶⁴, el espíritu del legislador consagrado en la misma.
- d. Método sistemático: “es la interpretación dentro del contexto, - método por el que a un enunciado normativo debe atribuirse el significado establecido por el sistema jurídico, o bien, no debe atribuirse el significado prohibido por el sistema”⁶⁵.

De igual forma y citando a Savigny, el autor trae a colación, criterios de interpretación usados en la aplicación del derecho:

- a. Criterio consecuencialista: “exige prestar atención a las consecuencias de la interpretación que se haga de una norma”.⁶⁶

⁶² DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004. P 52.

⁶³ *Ibíd.*, p. 53.

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 53.

⁶⁵ *Ibíd.*, p. 54.

⁶⁶ *Ibíd.*, p. 54.

- b. Criterio de conservación de las normas: “exigencia de agotar todas las interpretaciones posibles antes de derogar o invalidar una norma”.⁶⁷
- c. Criterio de plenitud: “Necesidad de que la interpretación se haga desde la consideración del ordenamiento jurídico como un sistema pleno”.⁶⁸
- d. Criterio de no redundancia: “Si hay más de una interpretación no se debe optar por la reiterativa, pues sería una repetición”.⁶⁹
- e. Criterio de reducción al absurdo: consiste en “dotar de significado a una interpretación cuando otra interpretación produciría consecuencias absurdas o perversas”.⁷⁰

Estos modelos son de gran utilidad en la solución de los llamados “casos fáciles”, se resuelven a su vez atendiendo a la lógica formal, expresada en el silogismo que parte de una premisa principal, la norma jurídica, una premisa menor compuesta por los supuestos de hecho del caso concreto y una conclusión que se refleja en la sentencia.

En derecho, pueden presentarse casos difíciles, aquellos en que no hay ley aplicable y que conlleva a la aplicación de principios, o cuando los hechos y las normas permiten más de una solución, Cesar Rodríguez⁷¹, resume sus eventos así:

- a. Existe más de una norma aplicable al caso.
- b. Existe una laguna jurídica, esto es no hay norma aplicable al caso.
- c. Existe una norma aplicable, pero su aplicación resulta injusta o socialmente perjudicial.
- d. El caso requiere que el juez se aparte de un precedente o lo modifique siempre de forma justificada.

Hart propone la técnica de la analogía de casos fáciles para su solución, técnica que conlleva por tanto no a la aplicación del derecho en sentido estricto sino a la

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 55.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 55.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 55.

⁷⁰ *Ibíd.*, p. 55.

⁷¹ RODRÍGUEZ, Cesar. La decisión judicial, el debate Hart- Dworkin. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2005. P 68.

creación de este para el caso concreto, abre espacio a la discrecionalidad del juez en la toma de decisiones.

Dice, son deberes del juez la “imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada para la decisión ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios. Es indudable que no se puede demostrar que una decisión es la única correcta, pero es posible conseguir que se acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la ponderación y el balance característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto”.⁷²

Para Dworkin no existe la discrecionalidad judicial. La colisión de principios bien sea de los que denomina políticos “estándares que buscan proteger un objetivo colectivo”⁷³ que conlleva a una colisión multicultural (caso de la tensión multicultural de la Constitución política Colombiana entre la unidad nacional y la autonomía de las comunidades indígenas y el derecho de estas a su jurisdicción), o de los principios en sentido estricto, “estándares que defienden un derecho individual”.⁷⁴

Estas colisiones deben ser resueltas no mediante la discrecionalidad, sino eligiendo entre los principios generales propios del estado democrático de derecho en el que no se puede esgrimir laguna jurídica alguna para la falta de solución jurídica a un caso concreto.

La interpretación de la Corte Constitucional Colombiana, ha transitado por diversas influencias ideológicas; la ideología liberal, la racionalidad posmoderna en la que se abandona el formalismo jurídico, la idea de la posibilidad de generar cambios sociales desde las sentencias de la Corte, el garantismo humanitario a través de los fallos de acciones de tutela, la preferencia por los temas urbanos y el compromiso con el estado social de derecho.

⁷² *Ibíd.*, p. 72.

⁷³ *Ibíd.*, p. 78.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 78.

En ese orden de ideas, la Corte Constitucional en sus métodos de interpretación utiliza el Test de razonabilidad que permite establecer las razones constitucionales que fundamentan la razón de ser de una norma y por ende sus límites de interpretación, el alcance de su contenido. Este método es utilizado en los juicios de constitucionalidad que son un “sistema de verificación que permite determinar la adecuación de las normas legales a las reglas y principios insertos en la carta política, a fin de decidir si en cada caso particular la restricción a los derechos y garantías públicas se ajusta o no a ellos”.⁷⁵ El test impone deberes al juez constitucional:

- a. Deducir si del texto de la norma bajo estudio, deviene un trato diferenciado respecto decisiones diferentes.
- b. Identificar si el fin perseguido con la norma bajo estudio es un fin objetivo y legítimo a la luz de la constitución política.
- c. Develar si hay proporcionalidad entre el fin perseguido por la norma y las medidas adoptadas por esta para su consecución, su racionalidad.

Este test es utilizado en los siguientes casos:

- a. “cuando está de por medio una clasificación sospechosa como las enumeradas en forma no taxativa a manera de prohibiciones de discriminación en el inciso primero del artículo trece de la Constitución Política.
- b. cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados, sectores sin acceso efectivo la toma de decisiones o minorías insulares y discretas.
- c. Cuando la medida que hace la diferenciación entre personas o grupos prima facie afecta gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental.
- d. Cuando se examina una medida que concede privilegios”.⁷⁶

⁷⁵ DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004. P 35.

⁷⁶ *Ibíd.*, p. 36.

Esto en cuando a juicios de constitucionalidad. En el análisis de casos difíciles, el método interpretativo utilizado por la Corte Constitucional Colombiana es el Test de proporcionalidad o juicio de ponderación que será abordado más adelante a partir de la Teoría de la Argumentación de Robert Alexy y otros autores que han transitado en la misma dirección de esta obra. Antes de ello se hará un esbozo del Alcance, naturaleza y contenido del Bloque de Constitucionalidad, toda vez que inserta principios y derechos en el ordenamiento jurídico y exige el modelo interpretativo del juicio de ponderación en su aplicación.

2.3.1 El Bloque de Constitucionalidad, ampliación del catálogo de derechos y principios en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Es importante hacer una breve exposición del concepto de Bloque de Constitucionalidad, pues gracias a su concepción, el conjunto de principios y derechos humanos no se restringe a los consagrados en forma expresa en el texto constitucional.

Este ha sido interpretado a partir del artículo 93 constitucional por la Corte Constitucional, y en ese sentido ha manifestado que es “un conjunto de normas que configuran una unidad constitucional que es empleada como parámetro de constitucionalidad de las restantes normas del ordenamiento”.⁷⁷ Tiene fundamento en la naturaleza del derecho contemporáneo, un derecho vivo, dinámico que opta por “el reconocimiento de la inexistencia de conceptos jurídicos absolutos o acabados y que por el contrario, estos deben evolucionar a la par de los constantes cambios del sistema jurídico normativo”.⁷⁸

En sentencia C-225/95, la Corte Constitucional manifestó: “el Bloque de Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios, que sin aparecer formalmente en el artículo del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la constitución política por diversas vías y por mandato

⁷⁷ ESTRADA VELEZ, Sergio Iván. Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín, 2006. P 97

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 98.

de la propia constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *strictu sensu*".⁷⁹

De lo anterior se colige que el Bloque de Constitucionalidad opera como mecanismo de control de constitucionalidad de normas del ordenamiento jurídico Nacional y es de igual forma un mecanismo para incorporación de principios.

La incorporación de principios por medio del Bloque de Constitucionalidad, en sentido de la Corte puede darse por dos vías:

- a. *Strictu sensu*: incorporación de normas de valor constitucional, tratados sobre derechos humanos cuya limitación está prohibida incluso en estados de excepción.
- b. *Latu sensu*: aquellas normas que operan como parámetro para llevar a cabo control de constitucionalidad.

Por su parte, el profesor Sergio estrada evidencia otras vías de incorporación de principios:

- a. Vía material: de conformidad con la cláusula Martens: "en los casos no previstos en el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguarda de los principios de la humanidad y las exigencias de la conciencia pública".⁸⁰ Esto bajo la obligación del Estado de velar por la protección y garantía de la Dignidad Humana.
- b. Rasero de constitucionalidad de normas del ordenamiento jurídico nacional pese que estos principios no se encuentren establecidos en el texto de la Constitución Política.

Así, la finalidad del Bloque de Constitucionalidad se resume así:

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 101.

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 107.

- a. “Regla de interpretación respecto de dudas que puedan suscitarse al momento de su aplicación.
- b. Integrar la norma cuando no exista norma directamente aplicable al caso.
- c. Orientar las funciones del operador jurídico.
- d. Limitar la validez de las regulaciones subordinadas.”⁸¹

Resulta evidente que el Bloque de Constitucionalidad con su función integradora de principios y control de constitucionalidad, es una herramienta hermenéutica, máxime cuando vía integración de principios se pueden llenar lagunas del derecho y dar una solución jurídica en armonía con el principio de la Dignidad Humana. Dichos principios han de ser interpretados y aplicados en los casos difíciles mediante el juicio de ponderación que a continuación se describe.

2.4 EL JUICIO DE PONDERACIÓN; MODELO DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

Al abordar la temática de la ponderación como metodología de interpretación, es menester volver sobre la subsunción como método primario de aplicación de normas jurídicas, el fenómeno de la antinomia y la colisión entre principios dentro de la teoría de Robert Alexy.

José Juan Moreso en su artículo “Alexy y la aritmética de la ponderación”, atiende estos problemas, para ello describe el proceso de la subsunción como aquel por medio del cual el operador jurídico debe “establecer que un determinado caso individual es una instancia de un caso genérico al que una regla general correlaciona con una solución normativa determinada”.⁸²

En el evento de un conflicto entre reglas, siguiendo la teoría de Alexy estudiada por José Juan Moreso, la solución deberá hallarse introduciendo en una de las reglas una excepción que elimine el conflicto, cual es el caso de las causales de exclusión de responsabilidad en materia penal, o declarando inválida alguna de las reglas, de

⁸¹ *Ibíd.*, p. 105.

lo que deviene la derogación de la regla invalida o su inconstitucionalidad, que es objeto de estudio del test de razonabilidad.

En caso de presentarse colisiones entre principios la solución es diferente, pues “uno de los principios ha de ceder ante el otro”⁸³, teniendo en cuenta que “en los casos concretos los principios tienen un peso diferente y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso y no según la dimensión de validez”.⁸⁴ Así, la dimensión del peso de los principios es el núcleo de la ponderación y la validez aquí no es objeto de juicio por cuando tenemos como regla de reconocimiento la constitución política y allí residen los principios aplicables y que colisionan y por tanto estos son válidos.

En su obra, Teoría de la Argumentación Jurídica, Alexy, propone una teoría de la argumentación cuyo contenido se remite a problemas del lenguaje y la estructuración de este en el Discurso Practico, Jurídico, toda vez que es limitado por la ley, la dogmática y el precedente. Este discurso pretende la corrección de proposiciones normativas y puede ser estructurado a partir de las siguientes teorías; empírica, analítica y normativa, referidas a la correlación de grupos de hablantes y sus argumentos, la estructura lógica de los argumentos usados y los posibles y la fundamentación de criterios de racionalidad.

El Discurso Practico Jurídico debe atender a reglas fundamentales que permitan la coherencia y veracidad de los argumentos del hablante; “ningún hablante puede contradecirse, todo hablante solo puede afirmar aquello que el mismo cree, todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes, distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con distintos significados”.⁸⁵

Esto es, requisito sine qua non del precedente jurisprudencial por cuando el juez constitucional debe aplicar la norma interpretando de manera sistémica las normas

⁸³ *Ibíd.*, p. 1.

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 2.

⁸⁵ ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989. P 185.

y por supuesto de manera igual en casos similares, debiendo justificar racionalmente el evento en que decida apartarse de este para optar por una decisión diferente, encontrándose así frente a un caso difícil en el que ha de emplear principios para la solución del mismo.

En ese sentido, el Discurso Práctico Jurídico debe ser fundamentado en su totalidad en esa pretensión de solución racional, de igual forma debe atender toda la carga de la argumentación, establecer reglas de prioridad, cual es el caso del peso abstracto de los principios. En el ordenamiento jurídico Colombiano son ejemplo de esto las normas de orden público y el interés superior del menor, entre otros, por ser valores, bienes jurídicos prioritarios para la sociedad. Dicho peso en abstracto, será determinante en la solución de conflictos de principios bajo el juicio de ponderación, por cuanto define un componente dentro de la fórmula del peso que se estudiara más adelante.

Como se dijo anteriormente, el Discurso Jurídico en Alexy, lleva envuelta una pretensión de corrección, toda vez que pretende que “el enunciado jurídico normativo afirmado, propuesto o dictado como sentencia pueda ser racionalmente fundamentado”.⁸⁶ En ese orden, las decisiones jurídicas han de ser justificadas internamente; estableciendo nexos entre las premisas, su fundamentación y la decisión, y externamente; con la corrección de las premisas de la justificación interna.

Las premisas usadas pueden ser reglas de derecho positivo, enunciados empíricos o reglas que no son de derecho positivo y tampoco son enunciados empíricos, que se entenderán aquí como principios y son los de interés para este estudio, y cuya justificación externa depende de la argumentación jurídica, en donde entra en escena la ponderación, pues “la determinación del peso de argumentos de diferentes formas debe tener lugar según las reglas de la ponderación”.⁸⁷

⁸⁶ *Ibíd.*, p. 208.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 239.

Es así, en razón a que los principios en el marco del Discurso Jurídico, son “enunciados normativos de tan alto nivel de generalidad que por regla general, no pueden ser aplicados sin añadir premisas adicionales, y la más de las veces, experimentan limitaciones a través de otros principios”.⁸⁸ Esta limitación hace referencia a la colisión de principios de igual jerarquía en la solución de un caso difícil y que hace necesario como se ha dicho recurrir al juicio de ponderación para establecer la prevalencia condicionada de uno de los principios en conflicto.

Siguiendo a Robert Alexy, Carlos Bernal Pulido expone el principio de proporcionalidad y parafraseando a la Corte Constitucional, manifiesta, que este es un “conjunto articulado de los tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, - se refiere a que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados o que ello suceda en grado mínimo”.⁸⁹

Los subprincipios del principio de proporcionalidad se expresan así:

1. Principio de adecuación: consiste en que el “sacrificio impuesto en el ejercicio de un derecho sea adecuado para preservar otro derecho o un bien constitucionalmente protegido”.⁹⁰
2. Principio de necesidad: que conlleva a que el sacrificio impuesto sea necesario.
3. Principio de proporcionalidad en sentido estricto: requiere que el operador jurídico argumente y pruebe que con el sacrificio impuesto, “se afecte el ejercicio del derecho en el menor grado posible compatible con la mayor satisfacción en el ejercicio de otro derecho”.⁹¹

⁸⁸ *Ibíd.*, p. 249.

⁸⁹ BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad el Externado, 2005. P 76.

⁹⁰ corregir

⁹¹ corregir.

La estructura del principio de la ponderación, se compone de; ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de la argumentación, para establecer la prevalencia condicionada de principios en un caso concreto.

La ley de la ponderación se resume así: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁹²

La determinación del grado de afectación se desarrolla en tres etapas;

1. La primera, en la que ha de establecerse el grado no satisfacción del primer principio en colisión.
2. En la segunda, debe determinarse el grado de satisfacción del principio que pugna con el primero.
3. Finalmente, el juez debe evaluar si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la falta de satisfacción del primero.

La ley de la ponderación como primer elemento estructural del principio de ponderación, para determinar el grado de afectación de los principios en conflicto, debe también atender al peso abstracto de estos, puesto que pese que los principios tengan un origen común y por tanto la misma jerarquía, algunos de estos tienen mayor peso en abstracto debido a que existen valores predominantes en la sociedad. De igual forma, para lograr determinar la afectación de los principios en colisión, ha de establecerse la seguridad de las premisas del caso, designado un valor de 1 en caso de seguridad, $\frac{1}{2}$ en caso de que sean plausibles y $\frac{1}{4}$ en el evento en que no sean evidentemente falsas.

El segundo elemento estructural del principio de ponderación, es la fórmula del peso que se expresa así:

$$GP_i, jC = IP_iC. GP_iA. SP_iC$$

$$GP_jA. SP_jC$$

⁹² BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá: Universidad el Externado, 2005. P 99.

Una vez transitadas estas etapas, podrá dilucidarse el grado de afectación del principio según la escala tríadica de Alexy; afectación leve, media, grave y conforme el resultado uno de los principios ha de ceder frente al otro, en aras de maximizar la protección del principio relevante para el caso en concreto.

En el evento de que exista un empate en el resultado sobre el grado de afectación de los principios en contrario, el hablante, en este caso el juez constitucional deberá recurrir al tercer elemento del principio de proporcionalidad; la carga de la argumentación, en la que claramente entra la discrecionalidad del juez, toda vez que dirigirá su argumentación según su ideología, tanto es así que tras revisar la obra de Alexy se encuentra que opta por la prevalencia de dos principios diferentes; Al escribir la teoría de los derechos fundamentales, opto por una carga argumentativa a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y en el epílogo de su libro teoría de los derechos fundamentales, resuelve “los empates, jugaran a favor del acto que se enjuicia”,⁹³ esto es a favor del principio democrático.

Otras consideraciones han de ser tenidas en cuenta en este capítulo, Robert Alexy en su obra, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, comienza por abordar el alcance de los derechos fundamentales y los asimila a la columna del estado constitucional y como el instrumento acción – freno para el aparato gubernamental. “son principios o mandatos de optimización”⁹⁴ y por ello la realización de su contenido está sujeta a las posibilidades jurídicas y fácticas, no son absolutos y para su aplicación es los casos difíciles es menester acudir a la ponderación y la proporcionalidad como metodología jurídica.

En ese orden, los derechos fundamentales son principios y derechos humanos institucionalizados y operan como protección frente a intervenciones o ataques de

⁹³ *Ibíd.*, p. 103.

⁹⁴ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, 2003. P 17.

otros ciudadanos y del estado. Para su realización es necesario el establecimiento de procedimientos adecuados para su ejercicio dentro del ordenamiento jurídico, un conjunto de garantías restringidas y puntuales.

Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático y de derecho, son por un lado principios materiales; valores sociales de rango constitucional y principios formales cuyos límites de aplicación y restricciones se establecen por medio de la ponderación. Su expansión tiene lugar mediante la constitucionalización del orden jurídico, pues en palabras de Alexy, “cada aplicación irregular del derecho es también inconstitucional”⁹⁵ y en tal sentido propone dos modelos interpretativos; el orden marco y el orden fundamental.

En el orden marco, la aplicación de los contenidos constitucionales se atenderá:

- a. Lo constitucionalmente imposible, lo prohibido.
- b. Lo constitucionalmente necesario, lo ordenado.
- c. Lo constitucionalmente posible, lo discrecional.

El orden marco es a su vez el margen de acción del legislador.

El orden fundamental, tiene dos esferas, la cuantitativa; en la cual no hay discrecionalidad en la interpretación, solo mandatos de prohibición o permisión, y la cualitativa que da respuestas desde la constitución o desde el orden marco.

El margen de acción contenido en el orden marco tiene a su vez tres elementos;

- a. Elemento estructural: plantea que en ausencia de mandatos y prohibiciones definitivos, hay lugar a la discrecionalidad del operador jurídico.
- b. Elemento epistémico cognitivo: que se origina, “a partir de los límites de la capacidad para conocer por una parte lo que la Constitución Nacional ordena, y por otra lo que la Constitución Nacional no ordena ni prohíbe”⁹⁶, nuevamente estamos frente al alcance de la discrecionalidad del juez.

⁹⁵ *Ibíd.*, p. 48.

⁹⁶ *Ibíd.*, p. 59.

Este margen de acción para su procedencia contiene también márgenes:

- a. Margen para la Fijación de fines: en este margen se identifican los fines que justifican las posibles intervenciones en los derechos fundamentales, “frente a un derecho fundamental; el legislador tiene un margen para la fijación de fines”⁹⁷ y esto es, que la medida de la realización no afecte derechos fundamentales dentro de la prohibición constitucional y que atienda el principio de proporcionalidad.
- b. Margen para la elección de medios: esto es frente a la estructura de los deberes positivos a discrecionalidad del legislador cuando esta frente al elemento epistémico cognitivo de su margen de acción, esto es, lo cognoscible sobre lo ordenado y prohibido por la constitución.
- c. Margen de ponderación: atender los criterios de idoneidad, necesidad y optimización de los derechos fundamentales determinando en tres pasos la intensidad de la intervención según la escala tríadica; leve, medio, grave, determinando la satisfacción – afectación de un principio, la satisfacción del principio contrario y si la satisfacción de un principio justifica la afectación del otro.
- d. Margen de acción cognitivo de tipo empírico: ante incertidumbre sobre la idoneidad- necesidad de la medida de intervención y sus efectos, deberá el legislador optar siempre por la medida más favorable para la garantía y protección de los derecho fundamentales y de allí se sigue el margen de acción de tipo normativo.
- e. Margen de acción de tipo normativo: el operador debe atender al contenido material de la constitución, debe ponderar principios materiales y formales, transfiriendo así la jurisdicción constitucional a los tribunales ordinarios.

Volviendo sobre la estructura de los principios, se tiene que son mandatos de optimización que son cumplidos en diferentes grados conforme las posibilidades fácticas y jurídicas del caso. Las posibilidades jurídicas, dependen de los principios que juegan en sentido contrario, a diferencia de las reglas que se cumplen según

⁹⁷ *Ibíd.*, p. 60.

su prescripción y su aplicación está sujeta a su validez y el mandato definitivo que lleva envuelto.

Conforme la ley de la colisión de Robert Alexy, las colisiones se resuelven diferente si se trata de reglas, pues se establece una excepción dentro de la norma o se declara la invalidez de esta, y tratándose de principios, ha de establecerse una prevalencia condicionada de estos, en aras de maximizar su realización conforme la factibilidad fáctica y jurídica, y lograr su optimización al establecer esa relación de manera correcta por medio de la ponderación, conforme la cual “a mayor grado de no cumplimiento o afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”.⁹⁸

Así, “el principio de la proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”⁹⁹, el principio de proporcionalidad, se presenta como una “técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea posible”¹⁰⁰, los principios y los derechos fundamentales operan como límites de límites.

El procedimiento de la ponderación ha de ser racional, y esta racionalidad tiene dos dimensiones; la teórica, que establece condiciones que debe tener un proceso para ser racional; estructura precisa, clara y libre de contradicción y la dimensión práctica que se refiere a las condiciones para que un acto humano sea racional.

En El margen de esa racionalidad, la estructura de la ponderación según Carlos Bernal Pulido y siguiendo a Robert Alexy, es un mecanismo para la solución de colisión de principios y a su vez una estructura para establecer “una relación de

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 78.

⁹⁹ CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Editorial V & M Graficas, 2008. 1204 p11.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 11.

precedencia condicionada”¹⁰¹ entre los principios colisionados en el caso en concreto.

Es este en resumen, el juicio de ponderación como metodología de interpretación constitucional en la solución de casos difíciles y frente a la colisión entre principios y derechos, metodología usada por la Corte Constitucional Colombiana y que responde a la solución de conflictos de jurisdicción especial indígena en la aplicación del fuero penal indígena.

La Corte Constitucional Colombiana en sentencia C-579 de 2013, al referirse a los principios, manifiesta que estos son “objeto de colisión en virtud de la cual ninguno de estos se declara inválido, sino que bajo determinadas circunstancias uno prevalece sobre el otro en virtud de una ponderación”.¹⁰² En los eventos en que la Corte debe resolver sobre un asunto que supone la colisión de principios y valores constitucionales, “el test de ponderación o razonabilidad se ha configurado como una herramienta sólida que permite identificar la resolución más adecuada en este tipo de conflictos que involucran una colisión entre derechos, principios, o valores jurídicos de carácter constitucional”.¹⁰³

De esta forma, en concepto de la Corte, la ponderación plantea la necesidad de garantizar la unidad del cuerpo constitucional que exige “la interpretación de la Constitución como un todo armónico y coherente a la cual se opone una interpretación aislada y contradictoria de las disposiciones que la integran”.¹⁰⁴

Sobre dicha armonización en la interpretación del texto constitucional, se pronunció la Corte en sentencia T-329 de 2010, en el sentido en que esta armonización, “impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 54.

¹⁰² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 (28, agosto, 2013). MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

restricción injustificada del otro, en la búsqueda por maximizar cada uno de los principios involucrados”.¹⁰⁵

Ello es posible por medio del juicio de proporcionalidad que permite al juez constitucional determinar:

- a. “Que derechos deben ser garantizados.
- b. Si la medida a tomar es adecuada para la consecución del fin perseguido,
- c. Si es necesaria, esto es, si no existe otro medio que pueda conducir al mismo fin sacrificando en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios, y
- d. Si el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifica principios constitucionales más importantes”.¹⁰⁶

Lo que se traduce en la determinación de la idoneidad y necesidad de la medida adoptada para la satisfacción de uno de los principios y la evaluación de la afectación del principio contrario por medio de la escala triádica.

En el capítulo siguiente, se hará un análisis de los criterios de interpretación utilizados por la Corte Constitucional en la solución de conflictos de Jurisdicción Especial indígena en aplicación del Fuero Penal Indígena, tomando para ello las teorías argumentativas aquí abordadas, en especial el juicio de ponderación para concluir que este es usado por la Corte en al menos dos de los fallos relacionados en la línea jurisprudencial desarrollada que se presenta más adelante.

CAPITULO 3. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EN LA SOLUCION DE CONFLICTOS DE JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y APLICACIÓN FUERO PENAL INDIGENA.

¹⁰⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-329 (10, mayo, 2010). MP: Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁰⁶ *Ibíd.*

Hasta el momento se han expuesto los modelos de interpretación clásicos y el juicio de ponderación como metodología de interpretación constitucional en la solución de colisión entre principios. De igual forma, se ha descrito el catálogo de derechos fundamentales y sociales reconocidos por la Constitución de 1991 bajo la Cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho.

Es por ello que se pasa a presentar la línea jurisprudencial elaborada tras realizar un análisis de las sentencias más representativas emitidas por la Corte Constitucional Colombiana sobre solución de conflictos de jurisdicción indígena y aplicación del fuero penal indígena, todas referidas a casos en que los actores de acciones de tutela, consideran vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, jurisdicción especial indígena y fuero penal indígena, toda vez que tras incurrir en una conducta socialmente reprochable, se generó una controversia en cuanto a quien debería conocer el caso; justicia ordinaria o jurisdicción especial indígena, o por cuanto desconociéndose el debate implícito en el juzgamiento de un miembro de una comunidad indígena, se omite la discusión y análisis de concurrencia de elementos y criterios que hacen procedente la aplicación del fuero penal indígena, por consiguiente el ejercicio de la jurisdicción especial indígena y la suspensión de la acción de la jurisdicción ordinaria y se juzga en sede de justicia penal ordinaria.

El problema jurídico que guía esta línea jurisprudencial es el siguiente: ¿existe vulneración de los derechos al debido proceso, dignidad humana, diversidad étnica, fuero penal indígena y jurisdicción especial, cuando esta última no conoce las conductas cometidas por un miembro de una comunidad indígena?, de igual forma ¿Cuáles son los criterios de interpretación que deben ser tenidos en cuenta en la solución de conflictos de jurisdicción especial indígena y aplicación del fuero penal indígena?

La sentencia arquimedica dentro de esta línea jurisprudencial que será el punto de partida, es la sentencia t-921 de 2013 y el nicho citacional aquí utilizado está

compuesto por las siguientes sentencias de tutela: t-921/13, t-002/12, t-617/10, t-1238/04, t-552/03, t-728/02, t-266/99, t-496/96, t-349/96 y t-254/94.

La sentencia que da inicio al análisis, t-921/13, encuentra la autorización a las autoridades indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y conforme sus normas y procedimientos, como un mandato constitucional contenido en el artículo 246, cuyo fundamento es la autonomía de los pueblos indígenas, la diversidad étnica y cultural y el respeto por la dignidad humana, todos postulados constitucionales.

En ese sentido, recuerda la Corte el artículo 9 del convenio 169 de la OIT; “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”¹⁰⁷.

En su interpretación del alcance de la Jurisdicción Especial Indígena, la Corte encuentra que esta tiene dos dimensiones; por un lado es “resultado e instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural, de la identidad y autonomía de las comunidades”¹⁰⁸.

Manifiesta que son cuatro los elementos de esta jurisdicción que se desprenden de la lectura del artículo 246 constitucional:

- a. Existencia de autoridades propias de los pueblos indígenas.
- b. Potestad de establecer normas y procedimientos propios.
- c. La sujeción de dichas normas a la constitución política y la ley.
- d. La competencia del legislador para establecer la forma de coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el sistema judicial Nacional.

¹⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-921 (05, diciembre, 2013). MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰⁸ *Ibíd.*

Al definir el Fuero Penal Indígena manifestó “es un mecanismo de preservación étnica y cultural de la Nación Colombiana en tanto se conservan las normas, costumbres, valores e instituciones de los grupos indígenas dentro de la órbita del territorio dentro del cual habitan, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico predominante”.¹⁰⁹

La Corte estableció como criterios de aplicación del fuero penal indígena los siguientes:

Elemento humano: referido a la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico e identidad cultural.

- a.** Elemento orgánico: conforme el cual deben existir autoridades tradicionales que ejerzan un control en sus comunidades.
- b.** Elemento normativo: requisito de existencia de un sistema jurídico propio que se corresponda con sus prácticas y usos tradicionales.
- c.** Ámbito geográfico: dominio de un territorio conforme el artículo 329 de la CN.
- d.** Factor de congruencia: toda vez que el ordenamiento jurídico indígena no puede ser contrario a la CN ni a la Ley.

Sobre los límites al ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena, la Corte en esta sentencia hace un recorrido por los fallos de la corporación para encontrar elementos de juicio comunes, encontrando que los límites de esta jurisdicción son:

- a.** Núcleo duro de derechos: derecho a la vida, prohibición de la esclavitud, prohibición de la tortura.
- b.** La ley y la Constitución Política.
- c.** Legalidad en los procedimientos y las penas.

¹⁰⁹ *Ibíd.*

En cuanto a los principios que han de guiar la solución del conflicto de jurisdicción, la corte estableció cuatro reglas de interpretación:

- a. “A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.
- b. Los derechos fundamentales constitucionales son el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.
- c. Las normas legales imperativas (orden público) de la Republica, 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.
- d. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas”.¹¹⁰

Siguiendo la línea, la sentencia t-002 de 2012, empieza con el análisis del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural hecha en el artículo 7 constitucional, diciendo que este es “un artículo lleno de contenido que pretende resarcir las injusticias históricas sufridas por algunos grupos sociales tradicionalmente discriminados, proyectando sobre el plano jurídico el deseo de defender el pluralismo como pilar fundamental del estado social de derecho”.¹¹¹

En ese sentido, las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y en palabras de la corte “esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos, los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos”.¹¹²

De lo anterior se desprenden dos consecuencias normativas halladas por la Corte:

- a. “La acción de tutela es procedente no solo para la defensa de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas frente a las autoridades

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 (11, enero, 2012). MP: Juan Carlos Henao Pérez.

¹¹² *Ibíd.*

públicas y las autoridades tradicionales, sino para la protección de los derechos de la comunidad,

- b.** Las cláusulas que consagran derechos constitucionales en cabeza de estas comunidades son elevados a norma de derechos fundamentales, con todos los atributos legales y políticos que ello supone”.¹¹³

El carácter de derechos fundamentales de los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y de estas como colectividades presenta un gran avance en su garantía y protección, pues se convierten en derechos de aplicación inmediata amparados en la acción de tutela en caso de vulneración o riesgo inminente.

En este fallo, la Corte pone de presente la existencia de conflictos de estos principios fundamentales con otros de igual rango y de gran importancia para la sociedad mayoritaria. Para solucionar dichos conflictos, la Corte estableció algunos principios generales de interpretación, algunos de estos fueron recogidos en la sentencia arquimedica del presente estudio, estos principios son:

- a.** Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas; las restricciones a esta autonomía solo serán válidas de manera excepcional, cuando tras un proceso de ponderación se establezca que; “son necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía y sean las menos gravosas frente a cualquier medida alternativa para la autonomía de las comunidades étnicas”.¹¹⁴
- b.** Principio según el cual a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía.
- c.** Mayor autonomía para la decisión de conflictos internos.

¹¹³ *Ibíd.*

¹¹⁴ *Ibíd.*

En cuanto a los límites de la Jurisdicción especial indígena, se corresponde con la sentencia arquimedica por cuanto manifiesta que son la Constitución Política y la Ley y el núcleo duro de derechos; el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y el principio de legalidad, todo en armonía con el respeto por la Dignidad Humana.

Sobre el Fuero Penal Indígena, sostuvo que este es “consecuencia jurídica del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, y se compone de los elementos geográfico, personal, institucional y objetivo.

Aquí, el elemento territorial hace referencia a la exigencia de existencia de un espacio en donde se encuentre la comunidad y este reconocida como territorio indígena, “el espacio en donde se ejercen la mayor parte de los derechos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas y cuya titularidad deriva de la posesión ancestral por parte de estas”.¹¹⁵

El elemento institucional u orgánico, que exige la existencia de un sistema de derecho propio en el que se verifiquen usos y costumbres tradicionales y procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad indígena.

El principio de legalidad, que no exige la taxatividad de los procedimientos y las penas del sistema jurídico indígena tal como existe en el sistema jurídico nacional, si exige la “existencia de precedentes que permitan establecer dentro de cierto márgenes que conductas se consideran ilícitas, cuales son los procedimientos para el juzgamiento, y cual el tipo y rango de las sanciones”¹¹⁶, esto se refiere a la predecibilidad y previsibilidad de las actuaciones de las autoridades de las comunidades indígenas.

El elemento objetivo es excluyente, supone la extinción de la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena frente a casos que atraviesan el umbral de la comunidad, es decir conductas de especial gravedad que interesan a la cultura mayoritaria.

¹¹⁵ *Ibíd.*

Encuentra la Corte en este fallo, que a falta de alguno de estos elementos, el juez ha de atender los siguientes criterios orientadores; culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y la afectación del individuo frente a la sanción.

Frente a los derechos de las víctimas envueltos en el conflicto de jurisdicciones, la Corte estableció los siguientes criterios de interpretación que a más de dar una solución jurídica al caso, representan un reconocimiento del valor de las tradiciones y usos ancestrales de las comunidades indígenas, estos son:

- a. “El derecho propio no constituye un remedo o una burda imitación del derecho mayoritario, por el contrario, se trata de un verdadero sistema jurídico particular e independiente al cual el juez constitucional debe acercarse con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en que el mismo está inmerso,
- b. La manifestación por parte de una comunidad de su intención de impartir justicia haciendo uso de sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales en un caso concreto, constituye, per se, una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas,
- c. Si la comunidad asume un caso, determinado tipo de juicio, si pretende apartarse luego, ha de aportar argumentos que lo sustenten y confirmen que no se atenta contra la igualdad,
- d. Los crímenes de lesa humanidad, el uso de violencia sistemática u organizada o la especial situación de indefensión y vulnerabilidad de la víctima justifican el empleo de criterios más rígidos y exigentes en la verificación de la institucionalidad”.¹¹⁷

¹¹⁶ *Ibíd.*

¹¹⁷ *Ibíd.*

La Corte previo de igual forma eventos en que los casos se tornan aún más difíciles, por la no concurrencia de uno de los elementos que hacen procedente la aplicación del fuero penal indígena y la acción de la jurisdicción especial resumiéndolos así:

- a. Si el bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena, la competencia para conocer el caso será de la Jurisdicción Especial Indígena.
- b. Si el bien jurídico afectado o su titular pertenecen a la cultura mayoritaria la competencia para conocer el caso será de la Jurisdicción ordinaria.
- c. Si con independencia de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo como a la cultura mayoritaria, “el juez deberá decidir verificando todos los elementos del caso concreto y los demás factores que definen la competencia de las autoridades tradicionales”.¹¹⁸

La sentencia t-617 de 2010 como elemento diferencial con las sentencias arriba revisadas, al referirse a los límites a la autonomía indígena y por consiguiente al ejercicio de la Jurisdicción Especial, por el conflicto de estas con el núcleo duro de derechos, dice, “deben resolverse mediante la técnica de la ponderación, operación que consiste en determinar, en el marco del caso en que se presenta el conflicto normativo entre dos derechos, los criterios dentro de los cuales la limitación o restricción de un derecho resulta legítima por lograr una mayor eficacia de otro u otros derechos constitucionales”.¹¹⁹ En el mismo sentido, encuentra que los derechos de las comunidades indígenas tienen mayor peso en abstracto por cuanto afirma que: “en conflictos que involucran derechos colectivos fundamentales de las comunidades indígenas, es importante tener presente, al efectuar la ponderación¹²⁰, que la Corte Constitucional ha establecido que tales derechos gozan de un mayor

¹¹⁸ *Ibíd.*

¹¹⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-617 (05, agosto, 2010). MP: Luis Hernesto Vargas Silva.

¹²⁰ *Ibíd.*

peso prima facie en el conflicto en virtud del principio de maximización de la autonomía que persigue la supervivencia de culturas aborígenes”.

En la solución de conflictos de jurisdicciones estableció subreglas de interpretación relevantes:

- a. “si un indígena incurre en una conducta calificada como delito por la ley penal o socialmente nociva dentro de una cultura indígena, en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto,
- b. Si el indígena incurre en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa”.¹²¹ En esta última hipótesis la consecuencia jurídica es la absolución, si por el contrario está inmerso en inimputabilidad por diversidad sociocultural, obrando así de forma condicionada por su identidad étnica, la consecuencia jurídica será la reintegración del indígena a su resguardo. Si no se presenta ninguno de estos dos eventos y el indígena ha actuado conforme un proceso de aculturación, el caso debe ser asumido por la justicia ordinaria conforme las normas del ordenamiento jurídico nacional.

Otro aporte importante de este fallo es la comprensión de la posibilidad de “efecto expansivo” del elemento territorial: “pueden tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico, pero en condiciones que permitan referirla al mismo”, esto, pues “el territorio trasciende el ámbito geográfico de una comunidad indígena,- es el ámbito donde se desenvuelve su cultura”.¹²² Es de gran importancia este efecto expansivo, toda vez que la ocurrencia de la conducta dentro del territorio de la comunidad, es un

¹²¹ *Ibíd.*

¹²² *Ibíd.*

elemento necesario para que sea procedente la aplicación del fuero penal indígena.

Este fallo de igual forma. Amplio el concepto del elemento institucional, integrándolo así:

- a. “manifestación positiva de la comunidad sobre su intención de conocer y aplicar sus procedimientos, normas y costumbres tradicionales a la norma en cuestión,
- b. Exigencia de predecibilidad o previsibilidad sobre las actuaciones de las autoridades indígenas, a partir de las costumbres de la comunidad”.¹²³

De lo anterior surgen cuatro subreglas:

- a. Para que proceda la aplicación del fuero penal indígena, es necesaria la “existencia de una institucionalidad social y política que permita asegurar los derechos de las víctimas en el proceso,
- b. El derecho al ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad”¹²⁴, pero si la comunidad tiene precedentes sobre el conocimiento de cierto tipo de casos, en virtud del derecho a la igualdad, ha de argumentar de forma razonada los motivos para no conocer del caso al que se niega.
- c. El alcance del derecho al debido proceso en la Jurisdicción Especial Indígena se refiere a la predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas.
- d. La acción de la Jurisdicción Especial Indígena, exige la existencia de un concepto genérico de nocividad social.

¹²³ *Ibíd.*

¹²⁴ *Ibíd.*

En la sentencia t-549/07, respecto el fundamento del artículo 246 de la CN, afirma: “con este postulado constitucional se reafirma la existencia de una multiculturalidad del pueblo colombiano, la cual debe ser respetada incluso por el estado, permitiendo que las diferentes comunidades que coexisten en el territorio nacional, puedan con el pleno respeto de la vida, y la prohibición de la esclavitud y de cualquier tipo de tortura, ejercer funciones jurisdiccionales, adelantando procesos con sus propios jueces, bajo sus propias reglas, respetando en todo momento el debido proceso y actuando con arreglo a la organización social, política y jurídica de la respectiva comunidad”.¹²⁵

De igual forma, encuentra que el núcleo de la autonomía de las comunidades indígena radica en la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas y en la potestad de estas de establecer normas y procedimientos propios, lo que constituye un ámbito jurisdiccional y legislativo de las comunidades indígenas. Por otro lado, la sujeción de dichas normas y procedimientos a la CN y a la Ley y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la Jurisdicción Especial Indígena con el sistema Judicial Nacional, son mecanismos de integración.

La sentencia t-1238/04 amplía el concepto de autoridad indígena que será quien “ejerza control social y este en capacidad de adelantar el juzgamiento conforme a sus usos y prácticas tradicionales, - es un elemento de la configuración cultural del territorio”¹²⁶ y como se ha visto es un elemento imprescindible para la procedencia de la Jurisdicción Especial y en consecuencia la aplicación del Fuero Penal Indígena, toda vez que en palabras de la Corte, “el fuero solo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de determinada causa, - la autoridad indígena debe exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento”.¹²⁷

¹²⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-549 (11, Julio, 2007). MP: Jaime Araujo Rentería.

¹²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1238 (12, diciembre, 2004). MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁷ *Ibíd.*

La Corte Constitucional en la sentencia t-552/03 se refiere a los derechos fundamentales de las comunidades indígenas para decir que “los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida, el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no solo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la Nación, sino también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada, el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios”.¹²⁸

Introduce un aspecto importante en el objeto de estudio, por cuanto además de los elementos territorial, personal, institucional y objetivo, adiciona un presupuesto antropológico que se traduce en saber que efectivamente se trata de una comunidad indígena, entendida esta como “un grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno y control social o sistemas normativos propios que los distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes”.¹²⁹

A su vez, resumió los elementos necesarios para la procedencia del Fuero Penal Indígena y ejercicio de la autonomía a partir de la Jurisdicción Especial:

- a. “Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural,
- b. Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.

¹²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-552 (10, julio, 2003). MP: Rodrigo Escobar Gil.

¹²⁹ *Ibíd.*

- c. Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la Jurisdicción Indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución Política, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.
- d. Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la constitución ni a la ley”.¹³⁰

En la sentencia t-728/002, la corte señala el marco normativo de la diversidad étnica y cultural y por ende los derechos que de esta se derivan para las comunidades indígenas:

- a. Preámbulo constitucional: los fines de la organización político social son “fortalecer la unidad de la Nación y asegurar la convivencia, la justicia y la igualdad, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo, que garantice un orden político, económico y social justo.
- b. Artículo 1: “Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de Republica, democrática y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana.
- c. Artículo 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana.
- d. Artículo 70: la cultura en sus diferentes manifestaciones es fundamento de la nacionalidad, y el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país”.¹³¹
- e. Artículos 286, 287, 329: que establecen que los territorios indígenas serán entidades territoriales con autonomía para la gestión de sus intereses y el derecho a gobernarse por autoridades propias.
- f. Artículos 171 y 176: derecho a la participación de las comunidades indígenas en el Congreso de la Republica.

¹³⁰ *Ibíd.*

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-728 (02, septiembre, 2002). MP: Jaime Córdoba Triviño.

g. Artículo 246: elementos de la Jurisdicción Especial Indígena.

La sentencia t-349/96, determina el alcance del principio de la diversidad étnica y su desarrollo en los derechos de las comunidades indígenas: “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”.¹³²

En ese sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia t-496/96, “los estados entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como ciudadano en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un estado gobernante, sino a una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos”.¹³³

Sobre los posibles eventos de colisión de principios, en especial de conflictos de jurisdicciones por falta de ley de coordinación, la Corte, estableció reglas de interpretación:

En caso de conflicto entre el interés general y otro interés particular protegido constitucionalmente la solución ha de atender los elementos jurídicos del caso concreto y los principios y valores constitucionales, lo que se traduce en la teoría de la ponderación de Robert Alexy como las posibilidades fácticas y jurídicas del caso.

¹³² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 (08, agosto, 1996). MP: Carlos Gaviria Díaz.

¹³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496 (26, septiembre, 1996). MP: Carlos Gaviria Díaz.

Si se presenta un conflicto entre unidad Nacional y autonomía indígena, habrá que estudiar las circunstancias del caso concreto, la cultura involucrada, el grado de aislamiento o integración de la cultura respecto de la cultura mayoritaria (pues el espíritu de las disposiciones constitucionales referidas a las comunidades indígenas es la conservación de la identidad cultural de las mismas), la afectación de un interés o derecho individual de miembros de la comunidad indígena y la aplicación de criterios como la equidad y demás constitucionales.

El derecho colectivo de las comunidades indígenas a mantener su singularidad es limitado toda vez que se afecte un principio constitucional de mayor jerarquía al derecho colectivo a la diversidad étnica y cultural y, se afecte un derecho individual de un miembro de una comunidad indígena o persona ajena.

Otro de los aportes valiosos de la sentencia en mención, es la diferenciación que hace la Corte del concepto de inimputabilidad traído por el Código penal, que se refiere a la “disminución de las capacidades valorativas o volitivas ya sea por inmadurez mental o alteración somática al momento de la ejecución del hecho”, y la inimputabilidad por diversidad socio cultural que es producto no de la incapacidad cognitiva del sujeto sino de una diferencia valorativa, así, “al abordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no solo es inadecuado, sin que es incompatible con la filosofía de la carta política de 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, sino dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías”.¹³⁴

A continuación se expone una tabla en la que se establecen los lineamientos más representativos de la corte constitucional dentro de esta línea jurisprudencial y las coincidencias encontradas entre las sentencias referidas.

¹³⁴ *Ibíd.*

Línea Jurisprudencial, fallos de tutela de la Corte Constitucional Colombiana sobre solución de conflictos de Jurisdicción Especial Indígena y aplicación de Fuero penal Indígena			
Jurisdicción Especial Indígena	Dimensiones	St t-921/13	Desarrollo principio de diversidad cultural, Fuero Especial Indígena.
	Elementos, artículo 246 CN	St t-266/99, t-002/12, t-921/13, t-549/07	Existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, potestad de establecer normas y procedimientos propios, sujeción de estos a la CN y la ley, competencia del legislador para establecer coordinación de sistema judicial Nacional y J.E.I.
	Limites a su ejercicio	St t-921/13, t-002/12, t-617/10, t-549/07, t-266/99, t-349/96	Constitución política y ley, Núcleo duro de derechos; vida, debido proceso, prohibición de esclavitud y prohibición tortura, (consenso intercultural).
	Principio de legalidad	St-002/12	Predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades Indígenas.
	Restricciones	St t-921/13, t-002/12, t-617/10	Se restringe su ejercicio solo tras un proceso de ponderación que evidencia que es una medida necesaria para proteger un interés de mayor jerarquía y que es ,la medida menos gravosa para la autonomía Indígena.

	Protección	St t-617/10. t-549/07, t-002/12	Acción de tutela., derecho de carácter comunitario y aplicación inmediata.
Fuero Penal Indígena	Elementos	St t-1238/04, t-921/12, t-552/03, t-728/02	Personal, territorial, institucional u orgánico y objetivo.
	Reglas generales a falta de uno de los elementos	St t-002/12, t-921/13	Atender cultura involucrada, grado de aislamiento de la comunidad, bienes y derechos afectados.
	Si el proceso lo adelanta un juez penal	St t-921/13, t-1238/04	Estudiar si el investigado es inimputable por diversidad sociocultural (diferencia valorativa) o frente a un error de prohibición invencible.
	Protección	St t-617/10. t-549/07, t-002/12	Acción de tutela, derecho de aplicación inmediata.
Solución de conflictos de Jurisdicción E.I.	Principios generales	St t-002/12, t-921/13, t-254/94.	A mayor conservación de la identidad cultural mayor autonomía, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, las normas de orden público prevalecen, los usos y costumbres prevalecen sobre las normas dispositivas, los derechos fundamentales son mínimos obligatorios para la convivencia social.

	Orientación del juez	St t-002/12	Propósito garantista; permitir exoneración de la responsabilidad del inimputable, establecer un diálogo intercultural, permitir a las víctimas del delito ejercer derechos constitucionales y legales, no imponer medida de aseguramiento al inimputable.
--	----------------------	-------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Tabla 1 Fuente (La autora) Sentencias de Tutela Corte Constitucional Colombiana

Conforme lo anterior, queda claro que la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha mantenido criterios de interpretación que protegen el principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, estableciendo a su vez criterios para la procedencia del fuero penal indígena, siendo estos los elementos personal, territorial, institucional y objetivo, siempre atendiendo a la prevalencia condicionada del principio de la diversidad étnica frente a otros principios de rango constitucional y por supuesto a las condiciones fácticas y jurídicas de cada caso que por medio del juicio de ponderación, conllevan a una solución razonada de la colisión de conflictos y de especial interés, de jurisdicciones.

En un ejercicio práctico, se aplicara el juicio de ponderación analizado en el capítulo segundo, utilizando los enunciados empíricos y los argumentos usados por la Corte Constitucional en la sentencia t-002 de 2012.

Los hechos de la acción de tutela se refieren a la comisión de actos sexuales abusivos contra menor de 14 años, en los que sujeto activo y pasivo de la conducta eran miembros de la parcialidad Embera Chami, y su comisión tuvo lugar al interior del resguardo.

La Fiscalía segunda seccional de Rio Sucio Caldas formulo acusación en contra del actor por la conducta mencionada y el gobernador del resguardo solicita se remita

el caso a su jurisdicción, sin embargo el caso se remite al Consejo Superior de la Judicatura y este resuelve el conflicto de jurisdicciones a favor de la Jurisdicción Ordinaria.

El actor considera que con tal decisión se vulnera su derecho al debido proceso y juez natural.

El problema jurídico abordado por la Corte en este caso es, determinar si se vulneraron los derechos a la autonomía jurisdiccional e integridad étnica y cultural de las comunidades indígenas de los resguardos La Montaña y los Guayabos, y si con el fallo del Consejo Superior de la Judicatura que resolvió a favor de la Jurisdicción ordinaria el conflicto, se vulneró el derecho al debido proceso del actor.

En este caso entran en colisión el principio de diversidad cultural, por cuanto su desarrollo conlleva al ejercicio de la autonomía indígena, la Jurisdicción Especial Indígena y por ende al derecho a la aplicación del Fuero Penal Indígena, todos estos derechos cuya pretensión es lograr la supervivencia de las comunidades indígenas y el derecho de estas a no ser desaparecidas y los derechos de la víctima.

Conforme la ley de la ponderación, es necesario determinar el grado de afectación de cada uno de los principios, para ello es menester hacer algunas precisiones sobre ambos principios:

El principio de diversidad étnica promueve el respeto por la diferencia y la promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, “las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales, esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos, los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos”.¹³⁵

¹³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 (11, enero, 2012). MP: Juan Carlos Henao Pérez.

Conforme lo anterior la Corte Constitucional ha establecido criterios para solucionar las tensiones en casos relacionados con la diversidad cultural, entre los cuales se encuentra el principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, conforme el cual se podrá restringir la autonomía indígena de manera excepcional solo cuando la medida sea “necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía”¹³⁶, y sea la menos gravosa frente a cualquier medida alternativa para la autonomía de las comunidades étnicas. Con ello describe la Corte los subprincipios de necesidad e idoneidad de la medida que puede afectar el principio de autonomía indígena y por ende de diversidad étnica.

Por otro lado, la jurisprudencia ha sido clara en torno a los derechos de las víctimas en el marco de la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de aplicación del fuero penal indígena al sujeto infractor, en el sentido en que “la satisfacción de los derechos de las víctimas siempre debe entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a las especiales de cada resguardo en particular”.¹³⁷, Esto, porque “El derecho propio no constituye un remedo o una burda imitación del derecho mayoritario, por el contrario, se trata de un verdadero sistema jurídico particular e independiente al cual el juez constitucional debe acercarse con la misma reverencia que le merece el sistema jurídico en que el mismo está inmerso”. Lo que quiere decir que desde que concurren los elementos objetivo e institucional del fuero penal, se garantizan los derechos de la víctima pese que se realicen como se haría en el sistema judicial nacional.

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

Aunado a lo anterior hay que recordar que los derechos de los niños están protegidos bajo el principio del interés superior del menor que tiene en ese sentido un peso en abstracto mayor que otros principios, tal como sucede con la diversidad étnica.

Traídas estas consideraciones, es posible entrar a determinar el grado de afectación o no satisfacción de los principios:

1. Si se juzga la conducta por la jurisdicción ordinaria, se afecta gravemente el principio de la diversidad étnica y por ende el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas imposibilitándose el principio de maximización de su autonomía.
2. Los Derechos de las víctimas son de vital importancia por cuanto se deben juzgar las conductas cometidas en su contra, se debe imponer una sanción y se debe reparar a la víctima, dichos derechos se concretan tanto en la jurisdicción ordinaria como en la especial indígena.
3. La satisfacción del principio de diversidad étnica concreta los derechos a la autonomía indígena y fuero penal indígena, mientras el juzgamiento de la conducta delictiva por la jurisdicción ordinaria o especial indígena garantiza en igual forma los derechos de las víctimas.

Se llevaran estas premisas a la fórmula del peso para determinar cuál principio según esta tiene mayor peso y por ende cual debe ser aplicado. De esto se colige que el principio de diversidad étnica tiene mayor peso en el caso concreto y este ha de ser aplicado.

$$\frac{G_{Pi, jC} = I_{PiC} \cdot G_{PiA} \cdot S_{PiC}}{G_{PjA} \cdot S_{PjC}}$$

$$8 = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1/2}{1 \cdot 4 \cdot 1/4}$$

3.1 EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, AUTONOMIA INDIGENA Y DIVERSIDAD ETNICA EN LOS FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, CONCLUSIONES FINALES.

Está claro que la Constitución Política de 1991 consagra derechos para las Comunidades Indígenas en razón del reconocimiento de la Diversidad Étnica como medio de preservación de estas y como derecho a no ser desaparecidas. Su importancia y conexidad con el derecho a la vida, conllevan a que los derechos propios de las comunidades Indígenas sean de aplicación inmediata y protegidos por medio de la acción de tutela pese tratarse de derechos colectivos.

El ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas como el derecho a la autonomía indígena, a la jurisdicción especial indígena y fuero penal indígena, tienen como fundamento único el articulado constitucional y por tanto depende de la aplicación de principios, estos constantemente colisionan con otros de igual jerarquía, debido a que nuestro ordenamiento reconoce el pluralismo y al mismo tiempo desarrolla un catálogo de derechos fundamentales que no se puede traducir fielmente a los usos y costumbres de las comunidades indígenas.

Tales colisiones deben ser solucionadas por medio del principio de ponderación desarrollado por Robert Alexy, de manera tal que el intérprete de forma razonada y argumentada logre una solución jurídica para el caso estableciendo una prelación condicionada de uno de los principios en colisión.

La Corte Constitucional en el estudio de casos difíciles, en los que se presenta una colisión de principios, aplica el principio de proporcionalidad, de manera que en la solución de conflictos de jurisdicción especial indígena y aplicación de fuero penal indígena en los que los principios de diversidad indígena, autonomía indígena y fuero penal indígena colisionan con derechos de carácter liberal, la Corte ha establecido una prevalencia condicionada del principio de diversidad étnica toda vez que con su satisfacción no se afecten derechos de mayor jerarquía, tal es el caso

del núcleo duro de derechos; derecho a la vida, prohibición de la esclavitud y la tortura y derecho al debido proceso, que tendrán mayor peso en abstracto.

La Corte Constitucional ha establecido que la solución de estos casos debe ser resultado de un dialogo intercultural y ha de atenderse las formas propias de cada comunidad étnica. Dentro del concepto de la antropología cultural; en resolución de los conflictos de la jurisdicción indígena, es una necesidad reconocer como válidas las normas de comportamiento social y de sanciones que regulan el estilo de vida que integran la cotidianidad del grupo social y permita que ellas sean aplicadas por los mismos órganos que tienen consagrados para tal efecto; en cumplimiento al principio del pluralismo establecido en el diseño de sociedad denominado Estado Social de Derecho.

BIBLIOGRAFIA

AFLEN DA SILVA, Kelly Susane. Hermenéutica jurídica y concreción judicial. Bogotá D.C.: Editorial Temis, 2006. 220 p.

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert. Teoría de la Argumentación Jurídica. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1989.

ATIENZA, Manuel. Las razones del derecho. México: Editorial litoroda S.A., 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos. El derecho de los derechos. Bogotá DC: Universidad Externado, 2005.

BORRERO GARCIA, Camilo. Multiculturalismo y derechos indígenas. Bogotá D.C.: Editorial Antropos, 2004.

CARBONELL, Miguel. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito.: Editorial V&M Graficas, 2008.

CARBONELL, Miguel. Teoría del Neo Constitucionalismo. Madrid.: Editorial Trotta S.A., 2007.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-406 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-921 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-002 de 2012. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-617 de 2010. Magistrado Ponente: Luis Hernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-552 de 2003. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-266 de 1999. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-349 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-496 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-254 de 1994. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-728 de 2002. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1238 de 2004. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-576 de 2007. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-428 de 1992. Magistrado Ponente: Ciro Angarita Baron.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-329 de 2010. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-579 de 2013. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

DUEÑAS RUIZ, Oscar. Lecciones de Hermenéutica Jurídica. Bogotá D.C.: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2004.

ESTRADA VELEZ, Sergio. Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad. Medellín: sello editorial Universidad de Medellín, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Teoría del Neo constitucionalismo. Madrid.: Editorial Trotta S.A., 2007.

GOMEZ MONTAÑEZ, Jaime. Derechos Humanos y Estado Social de Derecho. Cúcuta.: Departamento de publicaciones Universidad Libre, 2011.

KAUFFMANN, Arthur. Hermenéutica y Derecho. Granada.: Editorial Comares S.L., 2007.

LOPEZ MEDINA, Diego. Los principios jurídicos en el viejo y en nuevo derecho. Bogotá D.C.: Universidad de los Andes, Revista de derecho privado No. 47.

MORENO CRUZ, Rodolfo. Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli. Bogotá D.C.: Editorial Universitas, 2006.

MORENO PARRA, Héctor. El multiculturalismo en la Constitución Política de 1991: en el marco del bicentenario. Cali.: Universidad del Valle programa editorial, 2010.

NOGUERA ALCALA, Humberto. Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. México.: Instituto de investigaciones jurídicas, 2003.

OCHOA, Victoria. Hermenéutica y realidad socio jurídica. Bogotá D.C.: Centro editorial Procuraduría General de la Nación, 2007.

RODRIGUEZ, Cesar. La decisión judicial, el debate Hart- Dworkin. Bogotá D.C.: Siglo del Hombre editores, 2005.