



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoria Sala de Casación Penal

JUSTICIA Y PUEBLOS INDÍGENAS

COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL 2025

RELATORÍA DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

PRESIDENTE

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

VICEPRESIDENTE

MAGISTRADOS

MYRIAM ÁVILA ROLDÁN

GERARDO BARBOSA CASTILLO

GERSON CHAVERRA CASTRO

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

JORGE HERNÁN DÍAZ SOTO

FERNANDO LEÓN BOLAÑOS PALACIOS

HUGO QUINTERO BERNATE

CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO

JOSÉ JOAQUÍN URBANO MARTÍNEZ

RELATORÍA SALA DE CASACIÓN PENAL

EQUIPO DE PUBLICACIONES

DIANA MARCELA ROMERO BAQUERO

LUZ MARITZA CASTELLANOS USECHE

ERIK GIOVANNI MÉNDEZ PEÑA

ANDRÉS DARÍO RIVERA CHIAPPE

ANGELA TATIANA BARRIGA MENDOZA

Bogotá, D. C, diciembre de 2025

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	5
CAPÍTULO I MARCO CONSTITUCIONAL Y CONCEPTUAL DE LA JURISDICCIÓN Y EL FUERO INDÍGENAS	7
1.1 Antecedentes normativos	8
1.2 Finalidad del reconocimiento de la jurisdicción indígena	14
1.3 La jurisdicción indígena como instrumento de protección	15
1.4 Necesidad de implementación efectiva de mecanismos estatales para el ejercicio real de la jurisdicción indígena	16
1.5 Límites al reconocimiento de la autonomía de la jurisdicción indígena	19
1.5.1 Instrumentalización de la jurisdicción especial indígena como límite de su ejercicio.....	21
1.5.2 Discusión jurídica sobre la instrumentalización: criterios divergentes en la jurisprudencia	35
CAPÍTULO II JURISDICCIÓN INDÍGENA: ALCANCE, ELEMENTOS Y EJERCICIO	48
2.1 Elementos estructurales de la jurisdicción especial indígena	49
2.2 Disposición de la comunidad indígena de ejercer su competencia	51
2.3 Elemento institucional u orgánico y disposición efectiva para ejercer la competencia.....	52
2.4 Oportunidad para que una comunidad indígena solicite que un proceso sea remitido a su jurisdicción	57
CAPÍTULO III FUERO INDÍGENA: CONTENIDO Y CRITERIOS DE APLICACIÓN.....	61
3.1 Fuero y jurisdicción indígenas: concepto y diferencias	62
3.2 Elementos del fuero indígena	64
3.3 Elemento personal del fuero indígena: la aculturación exige la ruptura total del vínculo comunitario y no se presume por educación o vínculos laborales.	67
3.4 Elemento institucional: la diferencia entre los sistemas sancionatorios indígena y ordinario debe analizarse a partir de la efectividad del debido proceso y de los derechos de las víctimas	70
3.5 Elemento institucional: la sanción establecida por la comunidad indígena – puede ser no privativa de la libertad– no es criterio para impedir el ejercicio de la jurisdicción indígena.....	73
CAPÍTULO IV CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y CONTROL JUDICIAL....	75
4.1 Inaplicabilidad del conflicto de jurisdicciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena en el trámite de extradición	76

4.2 Requerimiento probatorio a autoridades indígenas y negativa de suspensión del trámite de extradición	80
4.3 Control judicial en la extradición: prueba de oficio para verificar la activación de la jurisdicción indígena	81
4.4 Oportunidad procesal para acreditar la calidad de indígena en el trámite de extradición.....	83
4.5 Prevaricato por acción en fallo de tutela: amparo indebido para validar ejecución de pena en resguardo indígena	85

CAPÍTULO V RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA 96

5.1 Reconocimiento judicial de la potestad jurisdiccional indígena y atipicidad del desplazamiento forzado	97
5.2 Reconocimiento del acto jurisdiccional indígena en contextos de protesta colectiva	105
5.3 Improcedencia del hábeas corpus frente a privaciones de la libertad dispuestas por la jurisdicción indígena	115

CAPÍTULO VI PROCESO PENAL Y EJECUCIÓN DE LA PENA: ASPECTOS A CONSIDERAR CUANDO EL PROCESADO O CONDENADO ES INDÍGENA. 119

6.1 Evolución histórica del tratamiento penal a la persona indígena	120
6.2 Tratamiento penal diferenciado de las personas indígenas: fuero, inimputabilidad y error de prohibición.....	129
6.3 Oportunidad, alcance y requisitos para la intervención de la máxima autoridad indígena en el proceso penal.....	132
6.4 Garantía fundamental del derecho al traductor idóneo desde el inicio de la actuación judicial y sus efectos en la validez del proceso	135
6.5 Aplicación del principio de enfoque diferencial a las víctimas indígenas del conflicto armado en el marco de la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 de 2005).	141
6.6 Alcance de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT en la ejecución de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria.....	151
6.7 Ejecución de la pena de personas indígenas: obligaciones de la jurisdicción ordinaria para la protección de la identidad cultural	158
6.8 Cómo determinar dónde debe cumplir la pena de prisión un indígena condenado ya sea por la jurisdicción indígena o la jurisdicción ordinaria	164
6.9 Obligaciones del juez y del INPEC de verificar las condiciones del resguardo indígena para el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria.....	170
6.10 Determinación del lugar de cumplimiento de la pena del indígena condenado en casos con víctimas menores de edad	172

ANEXO..... 174

PRESENTACIÓN

La presente actualización del documento *Justicia y pueblos indígenas* fue elaborada por el equipo de publicaciones de la Relatoría de la Sala de Casación Penal, como resultado de un trabajo técnico y colectivo orientado a revisar, depurar y sistematizar la jurisprudencia penal relevante en materia de jurisdicción especial indígena y fuero indígena.

El proceso de actualización comprendió una revisión integral de la jurisprudencia proferida entre los años 2017 y 2025, periodo en el cual se evidencian desarrollos sustanciales en torno al tratamiento penal de los miembros de pueblos y comunidades indígenas y a la articulación entre la jurisdicción ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, particularmente en escenarios como el proceso penal, la ejecución de la pena y el trámite de extradición.

Como resultado de este ejercicio, la publicación incorpora nuevos extractos jurisprudenciales que precisan el alcance de las garantías procesales, las reglas de competencia, los criterios aplicables a la ejecución de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria y los mecanismos de coordinación e interlocución interjurisdiccional, conforme al marco constitucional, legal y convencional vigente.

De manera complementaria, el documento reorganiza los contenidos previamente sistematizados, con el fin de ubicar los extractos en los capítulos temáticos que corresponden a las líneas jurisprudenciales actualmente consolidadas por la Corte Suprema de Justicia, atendiendo a la evolución normativa y jurisprudencial registrada desde la publicación inicial.

Como apoyo a esta labor de sistematización, la publicación incluye una tabla que relaciona de manera ordenada las decisiones judiciales tenidas en cuenta, identificando sus datos básicos y su ubicación temática dentro del documento, con el propósito de facilitar la consulta, la trazabilidad de las fuentes jurisprudenciales y la verificación del alcance de la actualización realizada.

La divulgación y conocimiento de este tipo de información resulta especialmente relevante para los operadores judiciales y demás usuarios del sistema de justicia, en la medida en que contribuye a una comprensión adecuada del alcance del pluralismo jurídico, favorece la aplicación coherente de los criterios jurisprudenciales vigentes y permite adoptar

decisiones informadas y respetuosas de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, en escenarios de alta complejidad jurídica.

Finalmente, como parte del proceso de actualización, se excluyen decisiones y referencias normativas que han perdido vigencia o han sido superadas por pronunciamientos posteriores, con el propósito de garantizar que la publicación refleje de forma fiel, coherente y actualizada el estado de la jurisprudencia penal en la materia.

CAPÍTULO 1.



**MARCO CONSTITUCIONAL Y CONCEPTUAL
DE LA JURISDICCIÓN Y EL FUERO INDÍGENAS**

1.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS

Extracto n. ° 1.

Número de radicado	:	14711
Fecha	:	14/08/2000
Tipo de providencia	:	Sentencia (salvamento de voto) Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar
Clase de actuación	:	Casación

«II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

1.- A partir de la Constitución de 1991, la concepción política del Estado colombiano dio un giro radical en sus principios fundamentales. Así, el artículo 1 define a Colombia como un “Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática, participativa y pluralista*, fundada en el respeto a de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La pluralidad que se reconoce en ese primer artículo, encuentra concreción en el artículo 7 en el que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, reconocimiento que se extiende al idioma de los diferentes grupos étnicos - artículo 10 -; a la protección de esa diversidad en los procesos educativos - artículo 68 -; a la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales - artículos 286, 329, 330 -; y al reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República - artículo 246 -.

El proceso constitucional de 1991 que culminó con la expedición el 7 de julio de ese año de la Constitución Política, partió de la previa conceptualización - avalada por un fallo de constitucionalidad - de que la Constitución de 1886 se había convertido en un obstáculo, por ser excluyente de amplios sectores de la sociedad, para el logro de la paz y el desarrollo nacional.

Con tales consideraciones se expidió primero el decreto 927 del 3 de mayo de 1990, en ejercicio de las facultades del entonces vigente Estado de Sitio, en el que “se autorizaba a la Organización Electoral para la contabilización de los votos que se produzcan en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional”, para cuya exequibilidad la Sala Plena de la Corte señaló que:

“El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo, ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo. En las últimas elecciones populares lo manifestó así masivamente en las urnas, a pesar de que no tuvo el apoyo de los grupos políticos ni del Gobierno.

“Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea.

“Es entonces evidente que hay una clara relación de conexidad entre el decreto que se revisa y los motivos que determinaron la declaratoria del estado de sitio. Es más, el no acceder a este clamor del pueblo, será sin ninguna duda un factor de mayor desestabilización del orden público.”¹

El mismo año, el 24 de agosto, se dictó el decreto número 1926 de 1990 por medio del cual se convocó a elecciones para la conformación de una asamblea constitucional.

Como uno de los propósitos de la reforma constitucional era, entre otros, que: “(...) las diversas fuerzas sociales, incluidas aquellas que se encuentran marginadas o que desarrollan actividades de protesta en ocasiones por fuera de la ley, tendrán en la convocación de la Asamblea Constitucional y en el proceso de reforma para la adopción de nuevos derechos y de mecanismos eficaces para asegurar su protección, una oportunidad de vincularse a la vida democrática institucional, lo cual es necesario para alcanzar la convivencia pacífica de los colombianos”, se decidió hacer excepciones a las

¹-Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 59 del 24 de mayo de 1990. Magistrado Ponente con reserva de identidad. (decreto 1894 de 1989).Radicación No. 2149 (334E). En Gaceta Especial Sala Constitucional, Tomo I, páginas 9 a 20.

calidades contempladas para integrar esa Asamblea, respecto de los indígenas.

En el fallo de constitucionalidad de ese decreto, la Sala Plena de la Corte, desarrollo de la siguiente manera el concepto de legitimidad de la organización política del Estado:

“Dicho concepto {el de legitimidad} lleva implícito igualmente el reconocimiento de la evolución del derecho constitucional y del papel de las constituciones en el mundo moderno. Si bien el derecho a darse una constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder, de atribuir competencias, también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz, con todo lo que dicho concepto implica, como fin último de la organización estatal.

“El deber de guarda de la integridad de la Constitución incluye el de la preservación de los valores inmanentes de la organización política, para evitar un rompimiento del orden constitucional, *permitiendo que por los cauces institucionales se introduzcan en la Carta las modificaciones necesarias para que en ellas se sienta reflejada la sociedad*”²

Precisamente en este orden de ideas, el de la Constitución como manifestación documentada del pacto socio político de integración de los diversos grupos sociales, en el que las distintas fuerzas sociales, incluso las que han estado marginadas, encuentren cauces institucionales para sentirse reflejados en ella, es que se inscriben las diferentes propuestas que se recibieron en la Asamblea Constitucional para desarrollar el tema de la diversidad étnica y el reconocimiento de su jurisdicción.

Frente a la necesidad del reconocimiento de las jurisdicciones indígenas, se presentaron proyectos constitucionales por parte de los delegatarios

².-Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990. Magistrados Ponentes Hernando Gómez Otalora y Fabio Morón Díaz. Radicación No. 2214 (351E). En Gaceta Especial Sala Constitucional, Tomo I, páginas 61 y 62.

indígenas MH y RB, así como de la Subcomisión de Igualdad y Carácter Multiétnico de la Comisión Preparatoria de Derechos Humanos, que básicamente proponían el reconocimiento constitucional del derecho a ejercer jurisdicción en sus territorios de manera articulada al sistema Judicial nacional. Y explicaba en la exposición de las propuestas el Delegatario RB, que la “noción de grupo étnico es un concepto antropológico que designa a una comunidad humana que tiene una identidad cultural particular, derivada de características sociológicas precisas”, señalando una variedad de ellas, entre las que resultan pertinente para el tema objeto de esta decisión, citar las siguientes:

“Contar con formas propias de organización social, distintas a las de la sociedad nacional, que regulen el comportamiento de los miembros del grupo, las relaciones de éstos entre sí, la organización del trabajo social y la distribución de oportunidades de acceso a los beneficios generados en la comunidad (sistema de parentesco, sistema de trabajo y régimen de propiedad comunitaria, etc.)

“Contar con formas de control social propias que aseguren la cohesión social del grupo, mediante la aplicación de sanciones por parte de autoridades propias (normatividad propia, sanciones. etc.)³

En el informe ponencia para primer debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, el ponente adoptó esas características, que aunó a la explicación histórica sobre el reconocimiento de los mecanismos de solución de conflictos de los grupos étnicos, que no son más que eficaces mecanismos de control social⁴, a partir de lo cual se propuso un artículo del siguiente tenor:

“Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de los grupos étnicos nacionales, indígenas negros y raizales dentro de su ámbito territorial. La ley establecerá la forma de articulación con el sistema judicial de la nación. Sin menoscabo de sus tradiciones y cultura, con la única restricción del respeto a los derechos humanos.

³.-Gaceta Constitucional No. 67, 4 de mayo de 1991. Ponencia: “Los derechos de los Grupos Etnicos”. Delegatario: Francisco Rojas Birry. Páginas 14-21.

⁴.-Gaceta Constitucional No. 84, páginas 4 y 5.

“Cuando se haga necesaria la comparecencia de personas de los grupos étnicos ante las autoridades diferentes a las suyas, deberán ser escuchados en su propia lengua y asistidas por un intérprete”.

En la sesión de plenaria del 19 de junio de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó con 39 votos afirmativos, ninguno negativo y 7 abstenciones el siguiente artículo:

“Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial y la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propias que no atenten contra la Constitución y las Leyes.

“La Ley establecerá la forma de articularla con el sistema judicial nacional”⁵.

En la sesión Plenaria del 1 de julio de 1991, el artículo sobre jurisdicción indígena se presentó como artículo 255 según la siguiente versión de la Comisión Codificadora:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República.

“La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.⁶, texto que aprobado con una votación de 54 votos afirmativos, finalmente quedó inserto como el artículo 246 de la actual Constitución Política con dos pequeñas variaciones de estilo: se suprimió la “y” que aparecía después de “territorial”, para cambiarla por una coma y se adecuó el complemento “contrarias” al género del sujeto “procedimientos”, para dejarlo como “contrarios”.

De la breve reseña histórica del proceso constitucional que culminó con la convocatoria de una Asamblea Constitucional y de la igualmente breve historia de la propia norma fundamental que reconoce y define a las autoridades de los pueblos indígenas como Jurisdicción Especial, puede concluirse inequívocamente que uno de los propósitos básicos de la construcción de un nuevo ordenamiento constitucional en 1991, fue la

⁵.-Gaceta Constitucional No. 139, página 21.

⁶.-Gaceta Constitucional No. 143, página 8.

corrección de errores históricos en la ordenación del Estado colombiano que hasta antes de la expedición de ésta Constitución Política, mantuvo al margen de la sociedad a vastos sectores, que aunque integrantes de la nacionalidad colombiana, no gozaban de instrumentos adecuados para participar en su construcción.

En este sentido, resalta la especial atención que al tema de los indígenas se le puso en la Asamblea Nacional Constituyente a lo que sin duda contribuyó la proximidad del 5° centenario de la conquista como hecho coyuntural que le facilitó a la sociedad nacional mirarse en el espejo de sus ancestros amerindios para integrarlos en los cauces institucionales y hacerlos sentir representados en la Constitución, objetivo señalado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en uno de los considerandos de la sentencia 138, atrás citada».

NORMATIVA APLICADA:

Constitución Política de 1991 art. 1, 7, 10, 68,246, 286, 329 y 330.

Decreto 927 de 1990

Decreto 1926 de 1990

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CSJ SP, 01, abr. 2009, rad. 25794

1.2 FINALIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 2.

Número de radicado	:	12043
Fecha	:	15/06/1999
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto».

NORMATIVA APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 246

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 16189

1.3 LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN

Extracto n. ° 3.

Número de radicado	:	14711
Fecha	:	14/08/2000
Tipo de providencia	:	Sentencia (salvamento de voto) Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar
Clase de actuación	:	Casación

«No puede pasarse por alto en la interpretación de la norma Constitucional y en el reconocimiento de su aplicabilidad inmediata, que el demostrado propósito de protección de los pueblos indígenas, como uno de los fines de la reforma constitucional implica que sean entendidos éstos en la forma que los define el artículo 1 del “Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Adoptado por la 76ª Reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra 1989”, e incorporado al ordenamiento nacional por la Ley 21 de 1991, y que ello incluye “ (...) el respeto por los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, tal como lo dispone el artículo 9° del mismo Convenio, naturalmente en cuanto sean compatibles con el sistema jurídico nacional.

Ese respeto a las propias normas y procedimientos de los pueblos indígenas, se explica en la esencialidad del control social como elemento vital del mantenimiento de la agrupación, del pueblo o de la etnia, por lo que el reconocimiento que la Constitución hace de la Jurisdicción Indígena no es solo la forma en que la Carta integra la existencia de tales pueblos a la institucionalidad nacional, sino que garantiza su existencia, permitiéndoles que se autoprotejan corrigiendo a sus miembros dentro del ejercicio legítimo del poder sancionador que opera para los integrantes de la sociedad y por ello los cohesiona como sujetos de la misma».

NORMATIVA APLICADA:

Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Ley 21 de 1991

1.4 NECESIDAD DE IMPLEMENTACIÓN EFECTIVA DE MECANISMOS ESTATALES PARA EL EJERCICIO REAL DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 4.

Número de radicado	:	44890
Número de providencia	:	SP14851-2015
Fecha	:	28/10/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] si, pese a la clara expresión de la voluntad de las autoridades ancestrales, en el sentido de juzgar las conductas criminales de sus miembros, concurre la imposibilidad material de tramitar el asunto, de acuerdo con su sistema de justicia, derivado de la incapacidad logística o presupuestal, es claro que aunque la jurisdicción ordinaria no puede dar por satisfecho el presupuesto institucional, si está obligada a procurar, conforme al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, que los entes gubernamentales se ocupen de instituir los mecanismos de inclusión y reconocimiento de la diversidad cultural y el fortalecimiento institucional, necesarios para que la jurisdicción especial indígena no grave en el plano eminentemente retórico.

En ese sentido, de un lado, a nivel ejecutivo, se tiene que, si bien los Ministerios de Cultura⁷, de Justicia y del Derecho⁸ y del Interior⁹ y, de otro,

⁷ Política de diversidad cultural: entre sus directrices está la de fortalecer y garantizar a la sociedad el conjunto de derechos culturales, colectivos e individuales y reconocer y respetar la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas sobre su patrimonio cultural. La labor del Estado es garantizar a estas comunidades el ejercicio de sus derechos culturales y contribuir para que fortalezcan, recuperen y salvaguarden sus usos, representaciones, expresiones y saberes culturales. (http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/de-diversidad-cultural/Documents/07_politica_diversidad_cultural.pdf)

- Política de infraestructura cultural: es uno de los elementos más evidentes de la identidad de un pueblo o de un grupo humano. Entre los objetivos específicos, están los de acompañar y/o asesorar a los entes territoriales en los procesos de formulación, gestión y ejecución de proyectos de infraestructura cultural; identificar fuentes de recursos y líneas de crédito para la infraestructura cultural; una de sus líneas de acción es el fortalecimiento institucional, que debe generar capacidades en los entes territoriales con el fin de crear y/o fortalecer la infraestructura cultural local. Para este fin, el Ministerio de Cultura brinda apoyo técnico, jurídico y de gestión.

Así mismo, el Programa Nacional de Infraestructura Cultural debe: a) profundizar en las líneas de acción con carácter diferencial y promover las convocatorias públicas para el fortalecimiento y creación de equipamientos culturales, por ejemplo, a través de los recursos que provienen de regalías; b) generar un banco de experiencias exitosas que evidencien el fortalecimiento de la ciudadanía democrática cultural a partir de proyectos de construcción, fortalecimiento y manejo de la infraestructura cultural; c) apostar a la creación de una red de espacios de infraestructura cultural que promueva la promoción y circulación de bienes, servicios y manifestaciones culturales, y d) consolidar una red de administradores y gestores culturales encargados del manejo y sostenibilidad de dichos espacios. (http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/politica-de-infraestructura-cultural/Documents/16_politica_infraestructura_cultural.pdf).

⁸ Dentro de las funciones del Ministerio de Justicia, está la de combinar las relaciones entre la Rama Ejecutiva, la Judicial, el Ministerio Público y los organismos de control para el desarrollo y consolidación de la política pública en materia de justicia y del derecho. A su turno el Viceministerio de Promoción de Justicia tiene entre sus funciones, el asesoramiento en la formulación de políticas y la emisión de directrices, que orienten el sistema jurídico y su ordenamiento, así como la prestación de los servicios de justicia formal y alternativa, a través de la Rama Judicial, las autoridades administrativas y los particulares; coordinar el ejercicio de la función jurisdiccional del Ministerio de Justicia y del Derecho en los términos del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política y en las materias precisas determinadas en la ley, la función jurisdiccional del Ministerio de Justicia y del Derecho. Con ese propósito se elaboró un Proyecto de Ley de Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, que no llegó a feliz término.

⁹ Mientras el Congreso expide la ley que regule el artículo 329 de la Carta, en relación con la definición de las relaciones y coordinación institucional de los territorios indígenas con las demás entidades territoriales, el Ministerio del Interior expidió el Decreto 1953 de 2014, cuyo artículo 1 prevé, entre sus principales objetos, el fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural.

Igualmente, el título VI establece, de manera concreta, los mecanismos para el fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena (artículos 95 a 98), entre los que se cuenta el reconocimiento y respeto a los pueblos indígenas del ejercicio preferente de su jurisdicción, el deber de apoyo, dentro del marco de competencias, de los cuerpos de investigación judicial de la Fiscalía General de la Nación y de la Policía Nacional, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el Instituto Colombiano de Medicina Legal, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, y las autoridades civiles y políticas y el fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, a través de la facultad, a cargo del Gobierno Nacional, de financiar los proyectos de Inversión presentados por los Territorios Indígenas encaminados a fortalecer su jurisdicción especial, así como la coordinación de mecanismos de apoyo para el funcionamiento, capacitación y seguimiento de esta jurisdicción.

Por su parte, el Decreto 2333 de 2014 establece en su artículo 2.3, el respeto a la ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio de los pueblos indígenas. La Ley de Origen y el Derecho

el Consejo Superior de la Judicatura¹⁰, han diseñado, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, una serie de políticas y normas encaminadas a salvaguardar tal compromiso estatal, casos como el que nos ocupa, demuestran que el propósito no ha sido cabalmente satisfecho.

Acorde con lo anterior, se exhortará a las referidas autoridades judiciales y administrativas, así como al nuevo Consejo de Gobierno Judicial, en tanto nuevo administrador de la rama judicial, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, proyecten, desarrollen e implementen los mecanismos idóneos para que tanto las autoridades del Resguardo Cañamomo Lomaprieta, como de todas aquellas comunidades indígenas empoderadas de un sistema de derecho propio -usos y costumbres-, cuenten con las herramientas de orden físico y presupuestal para el enjuiciamiento de sus connaturales.»

Mayor o Derecho Propio representa el fundamento, vida y gobierno de los pueblos indígenas, en el que se debe hacer prevalecer el principio *pro homine* y los derechos humanos, fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas contenidos en bloque de constitucionalidad, sin desmedro de la autonomía y jurisdicción especial indígena.

¹⁰ El Consejo Superior de la Judicatura, en consonancia con las atribuciones constitucionales del artículo 257 numeral 3, 4 y 5, entre las que se destaca dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales; y las demás establecidas en la ley, ha suscrito algunos convenios dirigidos a mejorar el acceso a los servicios de justicia de los territorios indígenas garantizando y fortaleciendo el reconocimiento a la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo. (Convenio de Cooperación con el Banco Interamericano de Desarrollo, financiado, a través del fondo de cooperación internacional del Gobierno de Japón y de recursos del mismo Consejo Superior de la Judicatura; Convenio de Coordinación y Cooperación entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC; Convenio de Cooperación entre el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional (ACCI).

1.5 LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 5.

Número de radicado	:	34461
Fecha	:	08/11/2011
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Si una de las causas del proceso constitucional de 1991 consistió en que la Constitución de 1886 era excluyente de diversas colectividades y fuerzas sociales, desposeídas de cauces institucionales para expresarse e incidir en las decisiones del Estado, un efecto necesario –entre otros— fue la participación de los indígenas en la conformación del nuevo pacto social y político, como producto del cual se reconoció a sus autoridades, en el artículo 246 de la Carta, autonomía jurisdiccional dentro de su territorio conforme a las normas y procedimientos propios, a condición de no contrariar unas y otros la Constitución y las leyes de la República.

Se trata de un mandato coherente con la consagración constitucional del pluralismo como uno de los atributos del Estado colombiano (art. 1 de la C.P.), con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (art. 7), con la aceptación como lenguas y dialectos oficiales locales los utilizados por los grupos étnicos en sus territorios (art. 10), con el derecho de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68), con el reconocimiento de igualdad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70) y con la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales (arts. 286, 329 y 330).

Se admite a través de todas esas disposiciones superiores la diferencia. Y como hacerlo traduce la realización del valor quizás más importante de una democracia, sin el cual se termina en tiranía, cualquier interpretación del artículo 246 de la Constitución Nacional que restrinja la autonomía indígena, contradice el espíritu que determinó al Constituyente a consagrar como uno de los instrumentos de protección de la diversidad étnica y cultural a la jurisdicción especial indígena.

La Corte Constitucional, de hecho, a partir de la sentencia T-254/94, entre los criterios de interpretación que empezó a delinear para la resolución de

los conflictos valorativos que pudieran presentarse en la práctica entre la aplicación del sistema jurídico nacional y el indígena a un caso concreto, acuñó el de “*maximización de la autonomía de las comunidades indígenas*”, según el cual sólo se puede limitar esa autonomía “*cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad*”¹¹. O, en los términos utilizados por esa misma Corporación en la sentencia T-617/10, cuando la restricción sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía y resulte la menos gravosa, frente a cualquier otra medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas. (...)».

NORMATIVA APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 1, 7, 10, 68,246, 286, 329,330.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-254 de 1994; CC, T- 617 de 2010 y SU-510 de 1998.

¹¹ . Sentencia SU 510/98 de la Corte Constitucional.

1.5.1 INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA COMO LÍMITE DE SU EJERCICIO

Extracto n.º 6

Número de radicado	:	63595
Número de providencia	:	CP164-2025
Fecha	:	16/07/2025
Tipo de providencia	:	Extradición
Clase de actuación	:	Concepto

«La jurisprudencia de la Sala ha precisado que, para que proceda la extradición de ciudadanos colombianos, es imperativo que el Estado colombiano no haya ejercido su jurisdicción sobre los mismos supuestos fácticos objeto de la solicitud de extradición. Esa precisión se traduce en que el principio de la cosa juzgada, en tanto manifestación de la garantía constitucional del debido proceso, representa una causal válida para determinar la improcedencia de la extradición.

Ahora bien, en el presente asunto, de acuerdo con la información suministrada por las autoridades ancestrales del Resguardo Indígena NdPNC, JDC pertenece a dicha comunidad y se encuentra debidamente censado. También se indicó que el comunero fue objeto de dos procesos sancionatorios relacionados con su participación en una organización criminal dedicada al tráfico de drogas ilícitas de Colombia hacia los Estados Unidos de América, por hechos comprendidos entre “los años 2016, 2017 y 2018” y “los años 2019 hasta los primeros días del mes de marzo del año 2020”.

[...]

«El Estado colombiano reconoce la diversidad étnica y cultural, el pluralismo y la dignidad humana, al interior del territorio colombiano, en la Constitución Política de 1991 y es por esta razón que entre sus disposiciones promueve el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas, su idioma, sus creencias e ideologías, su territorio, sus tradiciones, usos y costumbres, su concepción del mundo y la realidad .

Así mismo, como una forma de reivindicar los derechos de estos grupos poblacional, que han sido históricamente discriminados y marginados, se les reconoció la facultad de poder ceñirse a normas y procedimientos judiciales autóctonos y el derecho a ser juzgados por autoridades judiciales propias, al tenor de lo dispuesto en el artículo 246 de la Constitución Política.

Ahora, si bien la Constitución Política reivindicó la potestad de los pueblos indígenas de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y la posibilidad de ampararse bajo un fuero especial, particularmente en materia penal, este derecho no es absoluto, ya que deberá someterse a las limitaciones que le imponen la propia Constitución y la ley.

Para dar cumplimiento a estas disposiciones, en línea con lo dispuesto en el artículo 246 ejusdem, el legislador debe definir las formas de coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el sistema judicial nacional. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha abordado, en mayor medida, los conflictos que se suscitan entre ambas jurisdicciones y ha consolidado los principios, reglas y subreglas que, en determinados casos, deberán aplicarse para dirimirlos.

De modo que, para establecer cuándo un asunto es competencia de la Jurisdicción Especial Indígena, la Corte Constitucional fijó ciertas reglas y subreglas que deben estudiarse para entender en qué casos es aplicable a un miembro de la comunidad indígena el fuero especial que se deriva de su condición étnica, en aras del principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas.

En materia de extradiciones, no obstante, se ha advertido en numerosos casos la indebida tergiversación, por grupos de criminalidad transnacional, de la Jurisdicción Especial Indígena con el fin de evitar el juzgamiento de conductas que trascienden la territorialidad, no solo de la comunidad indígena, sino del país (CSJ CP177-2021 y CP180-2021, reiteradas en CP172-2022, CP023-2023 y CP112-2024); este fenómeno se ha denominado, en de la jurisprudencia de esta Sala, como “instrumentalización de la jurisdicción indígena”. Con este recurrente mecanismo se pretende, acudiendo a un supuesto fuero, que los integrantes de comunidades indígenas no serán objeto de extradición si participan en las actividades ilícitas de grupos de delincuencia organizada transnacional.

La Sala ha puesto de presente, y lo reitera ahora, que no pueden hacer parte de la esfera de conocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, las conductas delictivas propias de las organizaciones de criminalidad transnacional, cualquiera sea el origen ético de sus integrantes, y, por lo tanto, éste no puede ser un argumento apto para impedir una extradición.

En virtud de lo anterior, antes de efectuar consideraciones previas, inherentes al fuero o los elementos de la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena, esta Sala deberá verificar si existen razones para considerar que en el presente asunto opera la figura de la instrumentalización de la jurisdicción indígena

[...]

[...] para probar la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena en el caso concreto, las autoridades ancestrales N del Resguardo Indígena N del PNC informaron que, en contra de JDC, se adelantaron dos procesos investigativos y sancionatorios bajo la Justicia Especial Indígena :

[...]

[...] la resolución que resulta de interés en el presente trámite es la No. [...] del [...] de [...] de [...], en atención a que los hechos objeto de condena tuvieron lugar, de conformidad con lo informado por las autoridades ancestrales, mediante memorial del 13 de febrero de 2024, en los años 2016, 2017 y 2018.

Sobre el particular, la autoridad indígena determinó la responsabilidad de JDC por los delitos de “desarmonía por producción y comercialización de estupefacientes, dentro de nuestro territorio ancestral” y “desarmonía para juntarse con personas de otros estados para producir, vender y enviar droga para Centro América y Estados Unidos” en el numeral sexto de la Resolución 002 del 29 de marzo de 2020».

[...]

[...] el requerido se valió de la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena con el fin de evadir la extradición e instrumentalizarla, para ser acreedor de un régimen normativo que no le corresponde y emitir una

decisión judicial orientada a sostener la existencia de una aparente cosa juzgada.

Bajo ese entendido, resulta inocuo analizar los factores que determinan el reconocimiento de la calidad foral indígena del reclamado, misma que sólo podría limitar la extradición en caso tal de que, (i) existiese una decisión sancionatoria expedida por la Jurisdicción Especial Indígena, (ii) por los mismos hechos que fundamentan el pedido de extradición, (iii) cuyo procesamiento hubiese iniciado antes de que cursara el procedimiento de extradición y (iv) evitando, en todo caso, la instrumentalización de esa especial jurisdicción con el fin de eludir la extradición (CSJ CP180-2021; CP177-2021; CP023-2023 y CP112-2024) .

Ahora bien, es menester precisar que la figura de la «instrumentalización», empleada por la Sala, no implica, de modo alguno, que su aplicación desconozca la autonomía de los pueblos indígenas, su idioma, sus creencias e ideologías, su territorio, sus tradiciones, su sistema judicial o, inclusive, su identidad cultural en general. Por el contrario, llama la atención de la Sala que la Jurisdicción Especial Indígena haya investigado y juzgado conductas que, en este caso en particular, constituyeron un delito de carácter eminentemente transnacional y que, de ninguna manera, tiene relación con su cultura, usos y costumbres, ni mucho menos afecta su concepción del mundo y la realidad.

De modo que, no es necesario siquiera entrar a analizar si el requerido ostenta o no la calidad foral indígena que tanto insiste en acreditar la defensa, ya que el accionar delictivo evidentemente tuvo lugar fuera de los límites del territorio colombiano, generando repercusiones en territorios de otros Estados, como en este caso, en el de los Estados Unidos de América.

En línea con lo anterior, es deber del Estado Colombiano poner a disposición del Gobierno de los Estados Unidos de América al requerido, para que sea investigado y juzgado conforme a su ordenamiento jurídico, en cumplimiento del principio *aut dedere aut judicare* .

Así las cosas, esta Sala concluye que la Resolución 002 del 29 de marzo de 2020, emitida por las autoridades judiciales del Resguardo Indígena N del PNC, incumple las condiciones constitucionales para que, con base en ella, pueda predicarse configurada la garantía constitucional de la cosa juzgada sobre los hechos que fundamentan el pedido de extradición.

Por consiguiente, el aspecto bajo análisis no impide emitir concepto favorable a la solicitud elevada por el Gobierno de los Estados Unidos de América».

Extracto n.º 7

Número de radicado	:	55941
Número de providencia	:	CP026-2023
Fecha	:	15/02/2023
Tipo de providencia	:	Extradición
Clase de actuación	:	Concepto

«Sostuvo la defensora que FJMO fue condenado el 12 de marzo de 2019 por las autoridades competentes del Resguardo Indígena Nasa Pueblo Nuevo Ceral, por los mismos delitos que se mencionan en la acusación formal [...] -CR-MIDDLEBROOKS/MCALILEY, proferida el 30 de noviembre de 2018 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida.

De conformidad con lo referido por el requerido y su apoderada, corresponde a la Sala determinar, si se acreditan los criterios señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y esta Corporación para el reconocimiento del fuero indígena, y, de ser así, analizar la concurrencia de los presupuestos para establecer la existencia de cosa juzgada en el asunto concreto. Lo anterior, para indicar la procedencia o no de la solicitud de extradición en tratándose del cargo contenido en la acusación foránea.

Pacíficamente ha expuesto la jurisprudencia de la Sala que, para conceder la extradición de nacionales, es necesario establecer que el Estado colombiano no haya ejercido su jurisdicción respecto del mismo hecho que fundamenta el pedido. Esa precisión significa que el principio de la cosa juzgada, como faceta de la garantía constitucional del debido proceso (art. 29 de la Constitución), es causal de improcedencia de la extradición (CSJ CP048-2021; CP165-2014 y CP, 9 mayo 2009, Rad. 30373, entre otros).

Esta Corporación fundamentada en el respeto y protección de la diversidad étnica y cultural (arts. 1, 2, 7, 8, 10, 13, 70, 96, 171, 176, 246 y 286 de la C.P.), ha sido respetuosa del reconocimiento que la Constitución Política, en el canon 246, otorga a los pueblos indígenas para el ejercicio de “funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus

propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”.

De esto se desprende “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de estos de establecer normas y procedimientos propios”, atribución condicionada a su sujeción a la Constitución y la ley (CC T-208 de 2019, acogido por CSJ CP103-2020, 8 jul 2020, rad. 56071).

Sobre esa base, la jurisprudencia constitucional ha reconocido: (a) un derecho colectivo de las comunidades indígenas, «y cuyo ejercicio corresponde a sus autoridades, para juzgar a sus miembros», y, a su vez, (b) un derecho «individual de los miembros de los pueblos indígenas a gozar de un ‘fuero’”, en virtud del cual “se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo».

Por esta razón, es en virtud del fuero indígena que se habilita la competencia de la Jurisdicción Especial Indígena, y, en consecuencia, esta se constituye en el juez natural en un caso concreto. Por el contrario, cuando el sujeto procesado no sea titular del fuero indígena, debe concluirse que son los jueces ordinarios las autoridades competentes.

La jurisprudencia constitucional también ha advertido que, si bien es un elemento necesario «para la configuración del fuero indígena no resulta suficiente la identidad étnica del procesado», sino que, además, deben verificarse los elementos que ha previsto el precedente judicial para su configuración.

Si bien estos presupuestos han variado con la evolución de la jurisprudencia, a partir de la Sentencia T-617 de 2010, fueron definidos de la siguiente manera: (i) elemento personal o subjetivo, en virtud del cual, “cada miembro de la comunidad, por el solo hecho de serlo, tiene derecho a ser juzgado por sus autoridades de acuerdo a sus usos y costumbres”; (ii) elemento territorial o geográfico, que “permite a las autoridades indígenas juzgar conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas», (iii) elemento institucional u orgánico, que exige la existencia «de una institucionalidad compuesta de un sistema de derecho propio que reúna los usos, costumbres y procedimientos tradicionales y

aceptados en la comunidad”; y (iv) elemento objetivo, el cual atiende a la naturaleza del bien jurídico o del sujeto afectado por la conducta del indígena (CC T-208 de 2019, acogido por CSJ CP103-2020, 8 jul 2020, rad. 56071).

Sin embargo, en materia de extradición en algunos casos se ha evidenciado la indebida utilización de la jurisdicción indígena, con el objeto de precipitar condenas por parte sus autoridades internas; y, luego invocar dichas sentencias con el propósito de evitar el juzgamiento de conductas que trascienden la territorialidad, no solo de la comunidad indígena, sino del país (CSJ CP177-2021, 10 nov. 2021, rad. 58647; CSJ CP180-2021, 10 nov. 2021, rad. 59245).

De ahí que, en aquellos eventos, antes de admitir los efectos procesales del fuero indígena y las sentencias de sus autoridades, es necesario verificar si existen elementos para considerar que se está ante el fenómeno de la instrumentalización de la jurisdicción indígena (CSJ CP180-2021, 10 nov. 2021, rad, 59245).

En aquel contexto, los documentos obrantes en este trámite de extradición revelan aspectos que ponen en evidencia la utilización indebida de la jurisdicción indígena, por las razones que se exponen a continuación.

Ausencia de acreditación del elemento personal o subjetivo.

El Resguardo Indígena informó que, mediante sentencia del 12 de marzo de 2019, condenó a FJMO por los delitos de “DESARMONIZACIÓN DEL TERRITORIO NASA EN LA ACTIVIDAD ILÍCITA DE CONCERTACIÓN DE PERSONAS PARA DELINQUIR EN EL NARCOTRÁFICO 2.- DELITO DE NARCOTRÁFICO POR FABRICAR, VENDER Y EXPORTAR COCAÍNA HACIA OTROS PAÍSES”.

No obstante, en la fase probatoria del trámite de extradición, a instancia de esta Sala, la Coordinadora del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior indicó que el requerido no figura como integrante de dicha comunidad en los censos aportados por el Resguardo para las vigencias 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019; y que solo a partir del año 2020 fue incorporado, junto con su familia, por primera vez por la comunidad ancestral.

El anterior detalle pone en evidencia que MO no se encontraba reconocido como miembro del Resguardo Indígena Nasa Pueblo Nuevo Ceral; es decir, en estricto sentido, no pertenecía a la misma. Sin embargo, “coincidentalmente” fue durante el trámite de la extradición que solicitó ser admitido como parte de esa comunidad.

Inexistencia del elemento territorial o geográfico.

Según acuerdo de constitución No. 378 del 21 de septiembre de 2015, aportado por el Alcalde de [...] «el Resguardo Indígena NPNC, está ubicado en jurisdicción del municipio de Buenos Aires, departamento del Cauca, sobre un predio del Fondo Nacional Agrario cuya área es de Cuarenta y Cuatro (44) hectáreas, Mil Trescientos Once (1311) metros cuadrados, según plano INCODER N° [...] de Junio de 2013».

Los hechos materia de extradición, tal como fueron atribuidos a MO en la acusación formal [...] -CR-MIDDLEBROOKS/MCALILEY, proferida el 30 de noviembre de 2018 en la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, ocurrieron en Cali (Valle del Cauca) y Chinchiná (Caldas), entre otros municipios esos Departamentos, con repercusiones en el Estado requirente (Estados Unidos de América), puesto que ese era el destino final de la droga incautada.

De ese modo, el factor territorial no se cumple en el caso concreto. Los hechos, como bien se ve, no ocurrieron en la circunscripción geográfica del referido resguardo, lo cual necesariamente implicaba que el caso materia de análisis fuese asumido, a la luz de los precedentes jurisprudenciales citados, «por la justicia ordinaria».

Genera dudas para la Corte, además, que el sistema de justicia comunitario se haya encargado de investigar y juzgar una hipótesis delictiva de narcotráfico y concierto para delinquir ocurrida por fuera de los límites de esa jurisdicción especial, cuando nada se dice en la sentencia sobre los motivos por los cuales dicho comportamiento pudo atentar contra la colectividad indígena; igualmente, resulta cuando menos extraño que la autoridad indígena investigue y juzgue a un individuo por crímenes extraterritoriales de connotación transnacional.

Desde esa perspectiva, no puede reconocerse que FJMO ostente la calidad foral indígena, pues se reitera, los hechos objeto de juzgamiento no fueron

cometidos en territorio del resguardo indígena Nasa Pueblo Nuevo Ceral, sino en otro país. De ahí que, la autoridad ancestral no tenía jurisdicción para procesarlo ante el evidente incumplimiento del factor territorial de competencia.

Finalmente y no por ello menos relevante, se aprecia que con posterioridad a la sentencia del 12 de marzo de 2019, y con sustento en un escrito que allegó el aquí reclamado, cuando ya se encontraba privado de la libertad virtud de la solicitud de extradición y conocía el contenido de acusación foránea, la autoridad indígena emitió el «acta del 20 de octubre de 2019», con la cual modificó el contenido de su original fallo, para incluirle las actividades de narcotráfico que se atribuyen a MR durante los años 2016 y 2017, en especial lo relativo al envío de 270 kilos de cocaína incautados el 12 de agosto de 2017 por miembros de la Policía Nacional en Chinchiná (Caldas), hecho concreto que únicamente había sido precisado en la acusación aportada por el Estado requirente.

[...]

Además de lo anterior, con el fin de asegurar que pudiera entenderse juzgado plenamente por los mismos hechos, la autoridad indígena emitió una tercera providencia (16 de septiembre de 2020), en la que indicó que el procesamiento de MO por actividades de narcotráfico y concierto para delinquir abarcó todos los actos que ejecutó con esa finalidad desde el año 2008 hasta el 16 de septiembre de 2020.

[...]

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el requerido MO acudió a la jurisdicción indígena con el único propósito de configurar un doble juzgamiento, con la clara intención de controvertir la solicitud de extradición, lo cual como viene de verse constituye una forma de instrumentalización inadmisibles, que la Corte Suprema de Justicia de ninguna manera puede ignorar ni respaldar.

En decisiones más recientes, en materia de extradición, esta Corte ha advertido el creciente fenómeno de utilización indebida de esa jurisdicción.

En providencia CP180-2021, 10 nov. 2021, rad. 59245, se analizó un asunto con similitudes fácticas a las aquí planteadas y se constató el riesgo de

permea la jurisdicción especial indígena para sortear el pedido de extradición. [...].

[...]

En el concepto CP177-2021, emitido el 10 de noviembre de 2021 (radicado 58647), esta Sala evidenció que se estaba instrumentalizando la jurisdicción indígena para evadir la extradición, por lo que ordenó compulsar copias con destino a las autoridades competentes indígenas para que adelantaran la investigación penal pertinente [...]

[...]

Así las cosas, queda en evidencia la ilegítima invocación del efecto inhibitorio de la cosa juzgada, por haberse producido de manera aparente y simulada. En providencia (SIC) CSP CP, 10 nov. 2021, rad. 59245, esta Sala indicó:

“Otorgar efectos de cosa juzgada válidos a la decisión emitida por esa autoridad, como lo pretenden el reclamado y su defensor, podría poner en riesgo el fundamento mismo de figuras como la jurisdicción especial indígena o la existencia de beneficios judiciales especiales que propenden por el respeto de etnias nativas, cuya identidad grupal ha de preservarse, por cuanto hace parte de nuestras raíces y orígenes.

En adición, permitir que fenómenos de criminalidad organizada permeen ese especialísimo ámbito sociocultural, a fin de instrumentalizar sus grupos, comunidades, estructuras sociales, creencias, costumbres, instituciones, estilo de vida y principios con el propósito de blindarse y acceder a un trato especial que no les corresponde, no sólo profanaría ese ámbito digno de veneración y respeto, sino que se transformaría en burla a la justicia, tanto ordinaria como comunitaria indígena. Aquella, en la medida en que se permiten deleznablez fenómenos de “camuflaje”, muy recurridos por criminales de alto impacto para evadir castigos proporcionales a sus actos; y esta última, debido a que se torna en un objetivo de acceso sin derecho, dejando en el vacío los profundos pilares culturales que justifican su coexistencia con las demás instituciones públicas”.

Cabe resaltar que la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional manifestaron que el pretendido no tiene actuaciones judiciales pendientes y activas en su contra, salvo el presente trámite.

Por consiguiente, acorde con lo antes expuesto, no le asiste razón a la defensora del requerido, en cuanto afirma que en este caso se vulneraría la prohibición non bis in ídem».

Extracto n.º 8

Número de radicado	:	59245
Número de Providencia		CP180-2021
Fecha	:	10/11/2021
Tipo de providencia	:	Concepto
Clase de actuación	:	Extradición

«Los hechos materia de extradición, tal como fueron atribuidos a YE en el auto de detención emitido dentro de la causa penal No. 01618-2015-00116 ocurrieron en “el sector de la paz” en el cantón Nabón, Provincia del Azuay, en la República del Ecuador.

Fácilmente se observa de lo expuesto que el factor territorial no se cumple en el caso concreto. Los hechos, como bien se ve, no ocurrieron en la circunscripción geográfica del referido resguardo, lo cual necesariamente implicaba que el caso materia de análisis fuese asumido, a la luz de los precedentes jurisprudenciales citados, “por la justicia ordinaria”, como en efecto sucedió cuando la autoridad judicial ecuatoriana emitió la orden de detención en su contra.

Genera dudas para la Corte, además, que un sistema de justicia comunitario, que rige para conductas de un sistema de vida tribal, se haya encargado de investigar y juzgar una hipótesis delictiva de narcotráfico ocurrida por fuera de los límites de esa jurisdicción especial, cuando nada se dice en la sentencia sobre los motivos por los cuales dicho comportamiento pudo atentar contra la comunidad indígena; igualmente exótico resulta, además, que en esa justicia especial se investigue y juzgue a un individuo por crímenes extraterritoriales de connotación transnacional.

Desde esa perspectiva, no puede reconocerse que FJYE ostente la calidad foral indígena, pues se reitera, los hechos objeto de juzgamiento no fueron cometidos en territorio del resguardo indígena Q [...] sino en otro país. De ahí, fácil se advierte, la autoridad ancestral no tenía jurisdicción para

procesarlo ante el evidente incumplimiento del factor territorial de competencia.

De otro lado, YE fue capturado en virtud de la Circular Roja de Interpol A-9993/11-2020 el 1° de diciembre de 2020 y la Nota Verbal No. 4-2-560/2020 solicitando la detención preventiva del reclamado con fines de extradición fue emitida el 7 de diciembre de 2020, mientras que, según se plasmó en la decisión proferida por la justicia indígena, solo hasta el “(07) de enero del (2021) mediante oficio, el comunero FJ, se coloca a disposición de las Autoridades de esta jurisdicción indígena”.

Tales elementos enseñan que para el momento en que la autoridad tradicional asumió competencia en punto de juzgar el asunto, ya estaba en curso el procedimiento de extradición.

Adicionalmente, la manifestación libre, consciente y voluntaria de YE de aceptar los cargos endilgados por la autoridad tradicional se presentó en el mes “de febrero 2021, [cuando] se radica oficio por parte del comunero JY, donde pone en consideración a las Autoridades tradicionales, su culpabilidad o inocencia, causa de su presunta responsabilidad en cuanto a facilitar el vehículo y la omisión de informar oportunamente a las Autoridades indígenas de las acciones al parecer delictivas que dieron como resultado la incautación de sustancias ilícitas”. Fue condenado por el Resguardo el 25 de marzo siguiente en decisión dada a conocer por la Asamblea de la comunidad ancestral el 25 de abril posterior.

Tal realidad muestra a la Corte, que FJYE tuvo plena intención de escudarse en el efecto inhibitor de la cosa juzgada para librarse de la extradición, no de manera legítima, sino fraudulenta, porque solo hasta después de ser capturado con ocasión de la Notificación Roja de Interpol y detenido con fines de extradición fue que decidió acudir a la comunidad ancestral con el objeto de ser juzgado por esa autoridad tradicional, por hechos que, tal como fueron descritos en la sentencia de la autoridad indígena, son idénticos a los contenidos en el auto de detención emitido el 4 de diciembre de 2020 por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sin que nada se considerara en punto de que aquellos habían sido cometidos alrededor de seis (6) años atrás y en un lugar alejado del territorio que comprende el resguardo indígena.

La condena, además, se fundó exclusivamente en la confesión que ante las autoridades ancestrales formuló el solicitado en extradición, bajo un

procedimiento que duró poco menos de dos (2) meses y sin que existiese alguna labor investigativa del Resguardo que justificara la responsabilidad penal declarada en contra de YE, en un trámite que solo inició una vez se había materializado la captura con fines de extradición del mencionado.

Con su actuar, es evidente que YE abusó de la jurisdicción indígena y la instrumentalizó para fabricar una decisión que le permitiera invocar el efecto preclusivo e inhibitor de la cosa juzgada, en tanto mecanismo fraudulento para protegerse de un juicio penal en el exterior, más aun porque en este caso, aunque se acreditó el factor personal, no se verificó cumplido el territorial, por lo que tampoco puede afirmarse que el requerido esté cobijado por el fuero indígena como para que hubiese sido juzgado y condenado por esa jurisdicción especial que, como en antecedencia se explicó, tampoco tenía jurisdicción sobre los hechos que soportan el pedido de extradición.

Otorgar efectos de cosa juzgada validos a la decisión emitida por esa autoridad, como lo pretenden el reclamado y su defensor, podría poner en riesgo el fundamento mismo de figuras como la jurisdicción especial indígena o la existencia de beneficios judiciales especiales que propenden por el respeto de etnias nativas, cuya identidad grupal ha de preservarse, por cuanto hace parte de nuestras raíces y orígenes.

En adición, permitir que fenómenos de criminalidad organizada permeen ese especialísimo ámbito sociocultural, a fin de instrumentalizar sus grupos, comunidades, estructuras sociales, creencias, costumbres, instituciones, estilo de vida y principios con el propósito de blindarse y acceder a un trato especial que no les corresponde, no sólo profanaría ese ámbito digno de veneración y respeto, sino que se transformaría en burla a la justicia, tanto ordinaria como comunitaria indígena. Aquélla, en la medida en que se permiten deleznable fenónomos de “camuflaje”, muy recurridos por criminales de alto impacto para evadir castigos proporcionales a sus actos; y esta última, debido a que se torna en un objetivo de acceso sin derecho, dejando en el vacío los profundos pilares culturales que justifican su coexistencia con las demás instituciones públicas.

Finalmente, como el delito por el que se pretende juzgar al solicitado es de carácter transnacional, no sobra resaltar que, como lo clarifica el Reporte Final de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas sobre

la obligación de extraditar o perseguir del año 2014¹², a la figura internacional de la extradición subyace el principio *aut dedere aut judicare*. Conforme a éste, los Estados están obligados a perseguir internamente o, en su defecto, a poner a disposición de otro Estado al responsable. De ahí que, ante una persecución *fraudulenta*, como la evidenciada en el presente asunto, se active la obligación de *cooperación internacional* en la persecución.

Así las cosas, concluye la Sala que en las particulares circunstancias que se advierten en este caso, la sentencia condenatoria emitida el 25 de marzo de 2021, por el Resguardo Indígena Q [...] contra FJYE incumple las condiciones constitucionales para que con base en ella pueda predicarse configurada la garantía constitucional de la cosa juzgada sobre los hechos que fundamentan el pedido de extradición.

Por consiguiente, el aspecto bajo análisis no impide emitir concepto favorable a la solicitud elevada por el Gobierno de la República del Ecuador.»

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también, CSJ 08 jul. 2020 rad. 56071, CSJ 10 nov. 2021 rad. 58647, CSJ 26 oct. 2022 rad. 57777, CSJ 15 feb. 2022 rad. 57762, CSJ 15 feb. 2023 rad. 61160, CSJ 15 feb. 2023 rad. 55941, CSJ 31 ene. 2024 rad. 60119, CSJ 24 abr. 2024 rad. 63816, CSJ 24 abr. 2024 rad. 63553, CSJ 05 jun. 2024 rad. 65190, CSJ 05 jun. 2024 rad. 63569, CSJ 16 jul. 2025 rad. 63595, CSJ 10 sep. 2025 rad. 68129 y CSJ 10 sep. 2025 rad. 68848

¹² Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en la sesión 66:Yearbook of the International Law Commission, 2014, vol. II (Part Two).

1.5.2 DISCUSIÓN JURÍDICA SOBRE LA INSTRUMENTALIZACIÓN: CRITERIOS DIVERGENTES EN LA JURISPRUDENCIA

Análisis del *non bis in ídem* y límites de oponibilidad de las decisiones indígenas en el procedimiento de extradición

Extracto n. ° 9

Número de radicado	:	63595
Número de providencia	:	CP164-2025
Fecha	:	16/07/2025
Tipo de providencia	:	Concepto (Aclaración de voto) Dr. Myriam Ávila Roldán
Clase de actuación	:	Extradición

«En este caso, en la sesión de la Sala Penal del 7 de mayo de 2025, presenté una ponencia de concepto favorable de extradición frente al requerimiento formulado por el Gobierno de los Estados Unidos de América contra el ciudadano colombiano JDC. En esa oportunidad, propuse la adopción de una regla según la cual es necesario realizar el análisis del *non bis in ídem* lo que nos obliga a revisar, sin prejuicios, el contenido de las sentencias emitidas por la Jurisdicción Especial Indígena, con unas condiciones específicas:

Dado que el trámite judicial-administrativo de la extradición inicia con la solicitud de detención preventiva con fines de extradición o, en su defecto, con la formalización de la solicitud, debería tenerse en cuenta, en primer lugar, que la sentencia adoptada por la JEI será oponible a la pretensión internacional siempre y cuando se encuentre ejecutoriada antes de que empiece el procedimiento de extradición y se incorpore adecuadamente al trámite desde la etapa probatoria.

En segundo lugar, con el propósito de optimizar el principio de cooperación internacional y salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas, es necesario que las decisiones de las autoridades cuenten con un contenido concreto, explícito, determinado o determinable, de manera que permitan establecer con precisión las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se cometieron los hechos juzgados y el alcance de la sanción impuesta. Si las decisiones indígenas contienen imputaciones fácticas etéreas o genéricas

no es posible efectuar la comparación que exige el análisis serio y riguroso de la garantía del *non bis in ídem*, con los fines constitucionales que persigue, de manera que si no satisfacen estos requisitos mínimos no pueden ser oponibles en el procedimiento de extradición.

De esta manera, la regla propuesta tiene dos fines que tratan de conciliar las preocupaciones de la Sala mayoritaria con la posible instrumentalización de la justicia indígena:

Por un lado, se establece que las sentencias indígenas serán oponibles a la extradición solo si se encuentran ejecutoriadas antes de iniciar el trámite judicial-administrativo del requerimiento internacional. Ello impediría que, por ejemplo, durante la instrucción del asunto en la Corporación, la persona interesada gestione, promueva, influya o presione la emisión de una sentencia indígena para evadir la extradición.

Por otro lado, al exigir que el contenido de las sentencias de la Jurisdicción Especial Indígena sea claro frente a las circunstancias específicamente juzgadas, se busca que la Sala pueda adelantar el análisis correspondiente al *non bis in ídem* sin dificultades, pero también sin presunciones o conjeturas y lo adelante en los mismos términos en que se realiza este análisis cuando se trata de casos juzgados por la justicia ordinaria o la justicia penal militar.»

La decisión de la Jurisdicción Especial Indígena como límite constitucional al trámite de extradición por *non bis in ídem*

Extracto n. ° 10

Número de radicado	:	55941
Número de providencia	:	CP026-2023
Fecha	:	15/02/2023
Tipo de providencia	:	Concepto (Salvamento de voto) Dra. Myriam Ávila Roldán
Clase de actuación	:	Extradición

«Con el acostumbrado respeto por las providencias adoptadas por la Sala, expreso mi voto disidente frente a la decisión que, luego de analizar estos dos temas, se adoptó en este caso. En mi criterio, el concepto suscrito por

la mayoría desconoce abiertamente uno de los componentes centrales del derecho fundamental al debido proceso en cualquier estado democrático de derecho: el principio del non bis in idem.

Adicionalmente, me aparto de este concepto, pues estimo que, está basada en una serie de afirmaciones contenidas en su parte considerativa que no dimensionan el valor constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), desconocen décadas de desarrollo jurisprudencial en la materia y reproducen el racismo estructural e institucional que, precisamente, el constituyente de 1991 pretendió eliminar al reconocer el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural como ejes axiales de nuestro sistema constitucional».

[...]

La entrada en vigor de la Constitución de 1991 implicó una profunda ruptura en la historia social y jurídica del país. Esta nueva Carta Política buscó enfrentar problemas que nos han acompañado desde la época colonial, entre los que se encuentran el autoritarismo, la excesiva concentración de poderes en el ejecutivo, la intolerancia religiosa, los déficits de representación, los límites a la participación política y, particularmente, la discriminación étnica y cultural.

En relación con este último aspecto, en el contexto de crisis de legitimidad del Estado colombiano y ante la incapacidad institucional para enfrentar las violencias que motivaron la reforma constitucional, los pueblos indígenas fueron reconocidos como sujetos decisivos en la reconstrucción del régimen político y la reconciliación nacional. Además, su condición de víctimas históricas desde los tiempos de la Conquista les permitió constituirse en símbolos de paz, tolerancia y legitimidad del cambio impulsado durante el proceso constituyente.

En concreto, las discusiones que se sostuvieron al interior de la Asamblea Nacional Constituyente frente a los desafíos que planteaba la protección de la diversidad étnica y cultural en el nuevo modelo constitucional giraron, especialmente, en torno a dos temas: por un lado, en relación con el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas como sujetos diferenciados y la correspondiente ampliación de sus derechos. Por otro lado, frente a la apertura de la democracia para permitir su participación en la vida pública por medio de fórmulas que superaran el modelo centralizado que había caracterizado el sistema político colombiano desde 1886.

Para lograr esos objetivos, la reforma constitucional de 1991 buscó el reconocimiento del carácter plural, multicultural y diverso de la nación colombiana y, a partir de allí, persiguió la inclusión de estos grupos históricamente excluidos del sistema jurídico y político del país. De esta manera, el constituyente diseñó dispositivos normativos que, de un lado, promovieran la participación política de los pueblos y comunidades indígenas y, de otro lado, los dotaran de herramientas jurídicas que les garantizaran el ejercicio de sistemas de autogobierno que posibilitaran la protección, conservación y la reproducción de su legado cultural.

Así, dentro del conjunto de medidas consagradas en la Constitución de 1991, destinadas a reivindicar la diversidad étnica y cultural como el elemento fundante de la identidad nacional Colombiana, se encuentran, entre otros, (i) el deber del Estado de reconocer y proteger la identidad cultural (art. 7° C.P.); la obligación de garantizar que todas las culturas tengan derecho a la personalidad jurídica e igual respeto por su dignidad (art. 13 y 70 C.P.); (iii) la obligación de proteger esas riquezas culturales como patrimonio de la nación (art. 8° y 72 C.P.); (iv) el reconocimiento del carácter de lengua oficial a los dialectos indígenas al interior de sus territorios (artículo 10°, C.P.); (v) el derecho a recibir una formación que respete la integridad e identidad cultural o etnoeducación (art. 68, C.P.) (Ver CC T-514 de 2009; T - 617 de 2010; T-796 de 2015 entre otros).

[...]

En medio de este panorama, la JEI constituye uno de los desarrollos más importantes encaminados a garantizar dicha autonomía, entendida como el derecho de los pueblos indígenas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a establecer y conservar sus usos y costumbres; a proteger sus visiones del mundo junto a sus proyectos de vida; y, sobre todo, a adoptar las decisiones internas o locales que estimen más idóneas y adecuadas para la conservación y protección de sus comunidades.

[...]

Ahora bien, es cierto que materialmente el ejercicio de la JEI puede generar tensiones y plantear desafíos al entrar en conflicto con otros sistemas de justicia encaminados a atender, entre otros, conflictos penales, laborales o ambientales. Para afrontarlos, a medida que ha avanzado la jurisprudencia, se han venido precisando el contenido y el alcance de una serie de principios y pautas de interpretación dirigidos a resolver conflictos normativos por

medio de la ponderación, a saber: (i) el principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía” (CC T-254 de 1994 y T-349 de 1996); (ii) el principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos” (CC T-496 de 1996, SU 510 de 1998 y T-514 de 2009); (iii) el principio según el cual “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” (CC-514 de 2009); y el principio de limitación a la autonomía (CC SU 510 de 1998 y T-617 de 2010).

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de la Sala de Casación penal han acogido y respetado la existencia de una serie de elementos que permitan establecer los casos en los que procede la protección al fueron indígena, concebido como «(...) el derecho, del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...)». Estos elementos o factores son: el elemento personal, el elemento territorial, el elemento institucional, y el elemento objetivo. (Para una explicación detallada de cada uno de estos elementos ver: CC T-617 de 2009).

La aplicación de estos factores y principios de interpretación no es caprichosa, por el contrario, está dirigida a garantizar efectivamente el reconocimiento que, de manera expresa, realizó el constituyente de 1991 al ejercicio de la JEI. Específicamente, la jurisprudencia constitucional ha insistido vigorosamente en que estos principios o criterios deben ser interpretados y aplicados acudiendo a una ponderación razonable. [...]

[...]

En síntesis, estos antecedentes resultan relevantes para comprender tres premisas: (i) que la JEI es un derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas que se encuentra constitucionalmente protegido dado el reconocimiento del pluralismo y la diversidad étnica y cultural como principios fundantes del Estado; (ii) que sus decisiones gozan de la misma fuerza y carácter vinculante que aquellas adoptadas en cualquier otra jurisdicción reconocida en nuestra Carta Política; y que, en consecuencia,

(iii) es un deber especial de cualquier autoridad judicial, incluidas las altas Cortes, adoptar medidas que respeten y garanticen el ejercicio de la JEI».

[...]

En mi criterio, de lo expuesto se deduce que el Cabildo siguió un procedimiento propio acorde a sus usos y costumbres (SIC), en el que se le permitió al actor ejercer su derecho de defensa y contradicción, y adoptó una decisión con fuerza vinculante para sus miembros.

[...]

[...] confrontado tramite procesal suscitado al interior del asunto que adelantó la aludida autoridad indígena frente al caso de FJMO, considero que era plausible determinar que las circunstancias modales que soportaron los precitados delitos, tanto en las actuaciones promovidas por Estados Unidos de América, como en la sentencia de la JEI proferida en Colombia, se circunscriben a la participación del pretendido en una estructura criminal que se dedicaba a enviar cargamentos de cocaína vía marítima desde Colombia hasta otros países, con destino final a la Nación norteamericana.

Adicionalmente, el marco temporal de ocurrencia de los sucesos delictivos señalado en la imputación del Estado requirente se fijó entre el año 2014 y el 30 de noviembre de 2018, y en la sanción impuesta en nuestro país se cobijó todas aquellas conductas relacionadas con el delito objeto del requerimiento, ocurridas entre el año 2008 hasta el 2019. Es decir, es fácil advertir, a diferencia de la decisión aprobada por la Sala, que la JEI ya había proferido decisión sancionatoria a nivel interno cobijando los hechos por los cuales se formalizó la solicitud de extradición por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América.

Ahora, en este punto, es importante establecer que, si bien en la sentencia del 12 de marzo de 2019 la autoridad ancestral no indicó fechas específicas, de acuerdo con sus usos y sus formas, en esa decisión determinó con claridad que el comunero venía ejecutando la actividad criminal de narcotráfico desde unos años antes de iniciar la investigación. Asimismo, dio por establecido que algunos de los envíos de cocaína hechos por el requerido fueron incautados por la Policía Nacional, entre ellos, aquel que

aconteció en el departamento de Caldas, es decir, al que hace referencia la solicitud extranjera.

[...]

Ahora bien, en cualquier caso, si alguien argumentara que existe una ausencia de concreción en la determinación de los hechos objeto de sanción por parte de la JEI, dicha indeterminación fue esclarecida por el Cabildo mediante proveídos del (i) 20 de octubre de 2019 y (ii) 16 de septiembre de 2020. En ellos se aclaró que la sanción impuesta al comunero no solo incluye la aprehensión de los 270 kilogramos de cocaína en Chinchiná (Caldas) hecho mencionado por el comunero en el interrogatorio adelantado en el proceso sancionatorio indígena mucho antes de que el Estado requirente formulara la solicitud de extradición y que fue ampliado mediante un escrito posterior, sino también todas las acciones delictivas que MO perpetró a partir del año 2008.

Ahora bien, la circunstancia de que esos pronunciamientos aclaratorios hubieran sido emitidos con posterioridad al pedido de extradición, no necesariamente deben llevar a concluir, como lo hace categórica e inequívocamente el concepto aprobado por la mayoría, que, en este caso, el requerido ha utilizado e instrumentalizado la jurisdicción indígena, a efectos de evadir o eludir el mecanismo de cooperación internacional.

[...]

Las anteriores circunstancias permiten formular dos conclusiones: (1) por un lado, que en efecto los hechos objeto de pronunciamiento de la JEI coinciden o comprenden aquellos por los cuales el Estado requirente formuló la solicitud de extradición que dio origen al concepto favorable emitido en el marco del radicado 55941. (2) Por otro lado, que no resulta válido, concluir que la JEI fue instrumentalizada para evadir o eludir el mecanismo de cooperación internacional, puesto que válida, oportuna y, sobre todo, previamente reclamó para sí, el ejercicio de la potestad sancionatoria. Ello se puede inferir de que, para la fecha en que fue proferida la sentencia condenatoria cuya severidad además refleja la fuerza institucional del cabildo que la emitió ni siquiera se había formalizado la solicitud de extradición. [...]

[...]

Dadas las anteriores consideraciones, en mi opinión, la decisión que debió adoptar la Corte respecto a la solicitud de extradición de FJMO era emitir concepto desfavorable por presentarse equivalencia entre la acusación foránea y el juzgamiento en el territorio colombiano por la jurisdicción especial indígena. No haberlo hecho, configura un desconocimiento al contenido y alcance de la JEI como derecho fundamental y, sobre todo, al derecho de MO a no ser juzgado dos veces por los mismos hechos.

Para arribar a la anterior conclusión es necesario partir del supuesto, explicado en el capítulo anterior, según el cual el tratamiento que recibe una persona condenada, por ejemplo, en la jurisdicción penal ordinaria o en la justicia penal militar debe ser el mismo que recibe una persona judicializada y sancionada en la JEI (CC T-266 de 2009, T-886 de 2013 y T-195 de 1996).

Creo que aquí está, precisamente, el punto que define mi distanciamiento con la mayoría. Si se revisan las consideraciones expresadas en el proveído que fue aprobado por la Sala, más allá del análisis sobre la coincidencia de los hechos objeto de estudio en la JEI en relación con los que determinaron el requerimiento que dio origen a este trámite, la Sala se concentró en desconocer e incluso descalificar el funcionamiento de la JEI. Esta situación es la que me lleva entonces a expresar unas consideraciones últimas sobre el carácter potencialmente discriminatorio de varias de esas afirmaciones que fueron expresadas como razones para adoptar la decisión a la que finalmente se llegó en este caso».

[...]

La decisión establece una serie de afirmaciones justificativas que, en términos generales sugieren dos cosas: (i) que la JEI no cuenta con la suficiente capacidad institucional para judicializar conductas delictivas como aquellas por las que fue juzgado y luego requerido MO; y (ii) que, además, la JEI no ofrece garantías pues es frágil y susceptible de ser instrumentalizada por personas y grupos organizados en conflicto con la ley.
[...].

[...]

Los apartados transcritos contienen dos problemas serios:

Por un lado, de estas afirmaciones, pareciera que la Sala infiere la precariedad y/o mala fe de las autoridades indígenas para evitar que las personas requeridas sean efectivamente entregadas a los Estados solicitantes. Lo problemático es que cuando dice que «se ha evidenciado la indebida utilización de la jurisdicción indígena (...)» la Sala no asume la carga argumentativa de señalar cómo se ha llegado a esa conclusión. Por el contrario, invisibiliza que en ninguna de las decisiones citadas como precedente para sostener esa afirmación (CSJ CP177-2021, 10 nov. 2021, rad. 58647; CSJ CP180-2021, 10 nov. 2021, rad. 59245) hay un juicio valorativo o un razonamiento probatorio que mínimamente acredite la circunstancia que se denuncia. En consecuencia, tampoco se detiene a analizar que, por el contrario, esa conclusión contenida en dichas decisiones está fundada en prejuicios y suposiciones que no han sido objeto de validación, contrastación o corroboración alguna.

De lo anterior se desprende el segundo problema: esas suposiciones son abiertamente discriminatorias en tanto solo aparecen en aquellos trámites de extradición en los que se analizan, para efectos de corroborar la configuración del principio del non bis in idem, fallos adoptados por la JEI, más nunca frente a las decisiones adoptadas por la justicia penal ordinaria o la justicia penal militar.

El trato discriminatorio se profundiza cuando se plantea que la sentencia de la JEI puede ser revisada (y, por tanto, anulada o desconocida) en sede de extradición. Ello, por una parte, desconoce que existe una competencia normativa en cabeza de la Corte Constitucional para determinar si, en efecto, un asunto debe ser conocido por la JEI o la jurisdicción ordinaria. Por otra parte, en línea con lo mencionado en el párrafo anterior, porque dicha validación nunca se realiza en relación con las decisiones de la justicia penal ordinaria o la justicia penal militar.

En este caso, a pesar de lo anterior, la Sala realizó esa valoración en el numeral 21.4. del concepto aprobatorio de extradición avalado por la mayoría y concluyó que en el caso no se acreditaron los factores personal (21.4.1.) ni territorial (21.4.2.). De hecho, la decisión aprobada por la

mayoría de la Sala indica, en el último párrafo del apartado 21.4.2. que, con base en lo anterior, «no puede reconocerse que FJMO ostente la calidad foral indígena». Ahí vale la pena preguntarse, ¿en qué momento nuestro sistema constitucional le atribuyó la competencia de «reconocer» quién es una persona indígena a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y, especialmente, en un trámite de extradición? Con base en lo explicado en la primera parte de este salvamento, esa simple afirmación constituye una abierta violación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas al ejercicio iusfundamental de su autonomía.

Otro conjunto de afirmaciones que merecen un análisis detallado son las consignadas en el apartado 21.4.3. En resumen, allí la Sala Penal de la Corte reprocha que el cabildo que condenó a MR después de la primera decisión emitida el 12 de marzo de 2019 profiriera un par de actas aclaratorias en las que precisaba el alcance de su decisión (ver supra título II). A partir de esas dos actuaciones posteriores ratifica aún más su convicción sobre la mala fe o la instrumentalización de la JEI en este caso concreto.

A diferencia de la Sala, estimo que la mala fe no podría presumirse, sino que debe acreditarse. En ese sentido, la opción hermenéutica a la que renuncia la Sala es a examinar con detenimiento el contenido sustancial de esas dos actuaciones. De haberlo hecho, probablemente hubiera considerado plausibles otras interpretaciones sobre lo ocurrido como las expresadas en la segunda parte de este voto disidente.

Recuérdese que una de las finalidades de las investigaciones efectuadas por las autoridades tradicionales es aproximarse a la verdad de lo acontecido, propósito que no está sujeto a la observancia de ciertos parámetros formales o procesales que guarden una estricta simetría con el derecho ordinario, que les impida, como en este caso, aclarar la fecha de los hechos, por cuenta de información recibida luego de proferida la providencia condenatoria.

[...]

Así pues, en vez de asumir que operó una suerte de instrumentalización, lo realmente importante es que cuando se analice la decisión de la JEI se pueda constatar que el fallo conserve el núcleo fáctico de los acontecimientos juzgados, es decir, que no se alteren, supriman o adicionen los hechos relevantes que soportan la actuación, lo cual no sucede en el subexamine, puesto que las circunstancias modales sancionadas por el cabildo se mantuvieron siempre intactas.

Por otra parte, es necesario precisar que, pese a que, en el auto del 16 de septiembre de 2020 la autoridad indígena mencionó la acusación foránea, de la lectura detallada de la providencia precitada, se concluye que fue empleada, únicamente, como referencia para corroborar la versión ofrecida por FJMO, vale decir, para arribar al concepto propio que tienen de la verdad y que ya había sido establecido por el cabildo con anterioridad.

De manera que, en mi criterio, ello no es suficiente para inferir una maniobra de mala fe encaminada a eludir el pedido del Gobierno de los Estados Unidos de América. En efecto, el auténtico interés de la comunidad indígena subyace en que se respete la autonomía de sus decisiones y, en ese orden, que el comunero cumpla con la sanción impuesta en su territorio, más no que el reclamado evada la solicitud de extradición, tanto así que, en uno de los apartes del citado proveído señalaron que «si hay lugar a extradición que sea después de que haya cumplido con la pena impuesta».

Ahora, como lo ha dicho esta misma Sala de Casación Penal, el bien jurídico de la salud pública no se ve desconfigurado si el enjuiciamiento de ilícitos de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado se adelanta por las autoridades ancestrales. De un lado, el factor institucional conlleva una sujeción al principio de legalidad y otorga seguridad de la existencia de un debido proceso para el acusado y una garantía de protección a los derechos de las víctimas. De otro lado, porque la situación delictiva desplegada por el implicado desarmonizó el pueblo ancestral Nasa, en la medida que atentó contra sus usos, costumbres y tradiciones al lesionar injustamente los derechos de los comuneros y la sociedad mayoritaria, y ello los faculta a definir una sanción propia.

Igualmente, no puede considerarse que el sistema sancionatorio de los pueblos indígenas comporta un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, puesto que, además de resultar claramente peyorativo, es una expresión que desconoce la autonomía de los pueblos indígenas. De hecho,

se advierte que, en el presente asunto, la sanción impuesta a la persona judicializada no parece ínfima o desproporcionada: 7 años de prisión.

[...]

Para finalizar un último asunto que parece proponerse entre líneas en la decisión objeto de análisis: que es posible dividir los valores sociales y jurídicos entre aquellos que conciernen a la sociedad mayoritaria de aquellos que resultan de interés exclusivo para los pueblos indígenas. Así, las conductas desplegadas por el requerido, en tanto asuntos de interés público por estar relacionadas con delitos de narcotráfico, son susceptibles de un reproche que solo podría adelantar la justicia penal ordinaria.

La jurisprudencia constitucional ha denominado esta propuesta según la cual ciertas conductas solo pueden ser judicializadas por la justicia ordinaria «el umbral de nocividad». Al respecto, ha indicado que “(e)sta regla se muestra incompatible con la jurisprudencia constitucional, tal como ha sido sistematizada en esta providencia, pues la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena de asuntos de especial nocividad social o de trascendencia universal, como ocurre aquí con los delitos relacionados con narcotráfico comporta una restricción injustificada de la autonomía de las comunidades indígenas, basada en un universalismo cultural que se opone al “relativismo ético moderado” adoptado por la Constitución Política de 1991 (sobre el concepto, ver sentencia T-254 de 1994), de acuerdo con el cual la forma de vida de cada cultura es igualmente respetable y, en el caso de las comunidades indígenas, sus normas de control social son válidas, siempre que no excedan los límites impuestos por los derechos fundamentales...”

En esta misma línea argumentativa, defender el concepto de umbral de nocividad como una situación que excluye el juzgamiento de conductas constitutivas de delito por parte de la justicia indígena tendría como fundamento un exceso de confianza en la administración de justicia ordinaria. Este exceso de confianza tiene que ver con asumir que las instituciones jurídicas de la sociedad mayoritaria se encuentran mejor preparadas para asumir el conocimiento de estos casos, al tener casi una certeza de que solo allí no habrá impunidad. Este argumento no resulta sustentable toda vez que la justicia ordinaria también es falible y puede resultar poco equipada para atender situaciones de delitos que involucran afectaciones graves a garantías. Así las cosas, no existen verdaderamente

razones que permitan concluir que la justicia ordinaria es superior a la indígena, mejor, más efectiva o eficiente.

Para terminar, quiero expresar que en todo caso comprendo y no soy indiferente a las preocupaciones de la Sala en materia de eficacia de la cooperación. No obstante, considero que nuestra jurisprudencia penal, con el fin de garantizar la cooperación internacional, no puede sacrificar las instituciones fundamentales de nuestro sistema constitucional como la JEI. Para ello esta Sala podría contribuir, por un lado, en implementar un esfuerzo consciente dirigido a superar los prejuicios y los estereotipos, y, por otro lado, en la formulación de propuestas que doten de garantías todo el proceso de emisión de conceptos en los trámites de solicitudes de extradición, tanto para las personas requeridas como para los Estados requirentes».

CAPÍTULO 2.



**JURISDICCIÓN INDÍGENA:
ALCANCE, ELEMENTOS Y EJERCICIO**

2.1 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA

Extracto n. ° 11

Número de radicado	:	39444
Fecha	:	13/02/2013
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] a partir del contenido de los artículos 1, 2, 7, 70 y —por supuesto— del 246 de la Carta Política, así como de los principios antes esbozados, la Corte Constitucional, frente a los elementos que sirven de sustento a la jurisdicción indígena, ha precisado:

“...la jurisdicción indígena comporta:

— *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.*

— *Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.*

— *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.*

— *Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.*

— *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”¹³.*».

¹³ Sentencia T-364 de 2011. En el mismo sentido, sentencias T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002 y T-811 de 2004.

NORMATIVA APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991 art. 1, 7, 10, 70,246, 329.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC, T-349 de 1996; CC C-139 de 1996; CSJ SP, 15 jun. 1999, rad. 12043; T-728 de 2002; CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 16189; CC T-522 de 2003; T-811 de 2004; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275; CSJ SP, 08 nov.2011, rad.34461; T-364 de 2011; CC T-866 de 2013; CSJ SP3004-2014; CSJ SP6759-2015; CSJ, SP6759-2015; CSJ SP15508-2015; CSJ SP17726-2016.

2.2 DISPOSICIÓN DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE EJERCER SU COMPETENCIA

Extracto n. ° 12

Número de radicado	:	39444
Fecha	:	13/02/2013
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] es del caso mencionar que además de los elementos que deben concurrir para predicar la existencia de la jurisdicción indígena y de aquellos indispensables para la estructuración del fuero, es necesario, para activar tal jurisdicción, que se señale por parte de la comunidad ancestral la voluntad de hacer ejercicio de su competencia, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, al concluir:

“El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.

Sin embargo, cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad”¹⁴.»

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T-552 de 2003; CC T – 617 de 2010; CSJ SP14851-2015

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010.

2.3 ELEMENTO INSTITUCIONAL U ORGÁNICO Y DISPOSICIÓN EFECTIVA PARA EJERCER LA COMPETENCIA

Extracto n. ° 13

Número de radicado	:	52708
Número de providencia	:	SP3339-2020
Fecha	:	09/09/2020
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Ciertamente nuestro ordenamiento jurídico reconoce, a través de los artículos 1, 7 y 246 de la Constitución, 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y 9 del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (Ley 21 de 1991), el principio de diversidad étnica y cultural como fundamento para deferir jurisdicción a las comunidades indígenas a efecto de que dentro de sus territorios sean ellas mismas, por conducto de sus autoridades tradicionales, las que investiguen y juzguen a los miembros de su comunidad por infracciones punibles, de acuerdo con sus normas y procedimientos, todo lo cual supone, además, la existencia de autoridades judiciales propias, la potestad de autorregularse a través del establecimiento de preceptos y procedimientos autónomos, la exigibilidad de éstos a los miembros de la población y la compatibilidad de ese régimen con el Nacional.

Bajo tales supuestos la activación de dicha jurisdicción demanda la concurrencia de ciertos elementos que la jurisprudencia nacional ha desarrollado, así:

- (i) Personal, esto es la pertenencia del sujeto activo de la ilicitud a la comunidad indígena.
- (ii) Territorial, en cuanto los hechos han debido ocurrir en el ámbito espacial de la etnia de que se trate.
- (iii) Objetivo, es decir la naturaleza del sujeto o víctima sobre la cual recayó el injusto y su pertenencia al grupo social minoritario.
- (iv) Institucional u orgánico, referido a la existencia de instituciones, usos, costumbres y procedimientos que fijen el actuar de las autoridades

tradicionales y permitan determinar al interior de la población étnica un cierto poder de coerción social, un concepto genérico de nocividad social, la protección de las víctimas y la mediación de un debido proceso.

Por regla general, la simple afirmación de la autoridad indígena de conocer el caso ha de considerarse como prueba suficiente del elemento institucional y,

(v) Congruencia, pues no debe originarse una contradicción del orden jurídico tradicional con lo dispuesto en la Constitución Política o la Ley

[...]

En este evento, dadas las informaciones acerca de su domicilio, como que las veredas la Palizada, donde reside el procesado y Betania donde lo hace la víctima, se encuentran en el ámbito territorial del Resguardo Indígena [...]; la certificación que adjuntó la Fiscalía en el juicio respecto a la vinculación del acusado a la IPS Corporación [...] de la parcialidad indígena de [...] y las que allegó la defensa en las cuales precisa y específicamente el gobernador de dicho resguardo indígena hizo constar la pertenencia de acusado y víctima a esa etnia, no cabe duda alguna que se satisfacen los tres primeros factores, esto es, el personal, objetivo y territorial, por cuanto en esas condiciones se acreditó que aquellos son miembros del Resguardo Indígena Totoró y que los hechos objeto del ilícito acaecieron en la jurisdicción territorial del mismo.

Sin embargo, en contra de lo afirmado por la demandante y el Ministerio Público y como lo resalta la Fiscalía ante esta Corporación, tales no resultan suficientes, pues la actuación no revela satisfecho la vocación del elemento institucional u orgánico, es decir, la presencia de una institución presta, junto con sus usos, costumbres y procedimientos, a actuar como autoridad judicial en el presente juicio, ofreciendo certeza que, bajo la mediación del debido proceso y conforme a sus tradiciones ancestrales cumplirá el cometido de impartir justicia.

Acá, es cierto, se acreditó que la parcialidad indígena [...] o [...] se ubica en un resguardo y que éste tiene un gobernador y un cabildo, pero más allá de eso o de que, acorde con su Plan de Salvaguarda Étnica y Cultural de 2011, consultado en la web, cuenta también con alcaldes, alguaciles secretarios, un síndico y un tesorero, quienes conforman el cabildo el cual ejerce

simultáneamente funciones ejecutivas, legislativas y judiciales, la actuación evidenció que, no obstante el reconocimiento formal de esas autoridades, no existió de parte del resguardo un ánimo de activación material de la jurisdicción indígena, en aras del juzgamiento de la conducta endilgada al procesado, lo que impide, bajo un mínimo de previsibilidad, proyectar la presencia de una institución dispuesta a realizar justicia en este caso, bajo su propia regulación, con observación de un debido proceso y la garantía de los derechos de las víctimas.

[...]

Estos criterios, desarrollados también en el fallo T-617 de 2010 y acogidos por la Sala en sentencia SP3004-2014, permiten precisar que el elemento orgánico es “un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso - límite infranqueable para la autonomía de los pueblos originarios-, y constituye una garantía primordial para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento, además, permite conservar la armonía de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio y que no se produzcan venganzas internas entre miembros y/o familias de la comunidad”.

Ahora, también se ha dicho que, por regla general, la simple manifestación de la autoridad indígena de conocer el caso ha de considerarse como prueba suficiente del elemento institucional, mas en este asunto se ha constatado la ausencia de aquella, no obstante que el Tribunal expresa e infructuosamente intentó provocarla, lo cual se hace más relevante si se advierte que ya antes, el Cabildo de Totoró, como lo señaló la Fiscalía, había rehusado el conocimiento de hechos que, similares a los objeto de este juzgamiento, podían constituir un punible de inasistencia alimentaria, según así se reseña en el auto del 1º de marzo de 2017, dictado por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en el proceso No [...], de acuerdo con el cual dicha autoridad indígena, en marzo de 2016, se declaró de hecho incapaz de asumir el asunto por no contar, ni siquiera, con los medios para hacer comparecer al infractor.

El silencio del Cabildo de [...] ante la expresa solicitud que le hizo el Tribunal, previa a decidir el recurso de apelación y la demostración de que ya antes y en época relativamente reciente, había renegado el conocimiento

de hechos similares a los objeto de este proceso, no conduce sino a determinar la falta de vocación del elemento institucional, entendida como la disposición de una infraestructura u organización presta para investigar, juzgar y sancionar al procesado y garantizar de manera efectiva los derechos de la menor víctima, pues además de que no obra prueba alguna en el proceso que lo precise, la supletoria que podía constituirse a partir de la manifestación de las autoridades indígenas tampoco se produjo, a pesar de habérsela solicitado expresa y oportunamente, lo cual, por demás, equivale a decir que tampoco se satisfacen los criterios de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades tradicionales, como que en las anteriores circunstancias no se cuenta con al menos un antecedente operacional que permita identificar el acogimiento de un modelo procesal para sancionar a la población aforada; por el contrario, lo que se aprecia es que en pretérita oportunidad se relegó tal función a la jurisdicción ordinaria.

En punto de lo anterior, la Corte aprecia con preocupación y extrañeza que la jurisdicción indígena en un caso como el presente haya rehusado asumir su conocimiento, pues esa institucionalidad, cuando concurren los requisitos que habilitan el ejercicio de su jurisdicción, debe operar y ser activada en todos los casos relevantes para el derecho penal, sin que sea adecuado y aceptable la aplicación de un criterio selectivo, conforme al cual, de acuerdo a conveniencias o intereses, se asume el juzgamiento de unas causas mientras se desechan otras, ya que ello debilita el sistema de justicia indígena, en tanto le hace perder credibilidad.

El factor institucional u orgánico de competencia, se reitera, indaga por la existencia de un sistema de derecho propio conformado por los usos, costumbres y procedimientos tradicionales conocidos y aceptados por la comunidad -principio de predecibilidad o previsibilidad- capaz de evidenciar un concepto genérico de nocividad social y de garantizar el núcleo básico del debido proceso al acusado y la satisfacción de los derechos de las víctimas, al menos en sus contenidos mínimos, por eso, según la Corte Constitucional (T-002 de 2012), una de las expresiones de dicho presupuesto es, precisamente, la manifestación, por parte del grupo étnico de su intención de impartir justicia conforme a sus propios reglamentos.

Es cierto, de otro lado, que, como lo reconoció la Fiscalía de instancia, desde el comienzo de la indagación se estableció que el acusado se trataba de un indígena, lo cual conduciría a cuestionarse si era obligación de dicho ente establecer los elementos del fuero indígena y la correspondiente jurisdicción.

[...]

En conclusión, no obstante haberse acreditado los elementos personal, territorial y objetivo que dan lugar al fuero indígena y a la vez a la activación de la jurisdicción especial, no sucedió lo mismo con un elemento esencial de esta, como es el institucional u orgánico, en tanto, la autoridad del Resguardo de Totoró no hizo manifestación alguna, a pesar de habérsela solicitado expresamente, acerca de su intención de asumir el conocimiento de este asunto, lo cual revela con mayor énfasis la ausencia de dicho factor y se acentúa cuando en anterior oportunidad esa autoridad indígena rehusó el conocimiento de hechos constitutivos de la conducta punible que acá se juzga.

Por tanto, carente de prosperidad se exhibe este cargo, así como la solicitud del Ministerio Público, al pretender se traslade la competencia hacia la jurisdicción especial indígena y por ello se anule lo actuado, cuando no se constata el elemento institucional, dada la demostrada falta de vocación de la comunidad étnica para asumir procesos penales contra sus miembros como autores de punibles como el objeto de esta causa, a través de instrumentos que aseguren su sanción adecuada, eviten la impunidad y garanticen la realización de los derechos de las víctimas, los cuales, para el caso, ostentan una protección reforzada por tratarse de una menor de edad».

2.4 OPORTUNIDAD PARA QUE UNA COMUNIDAD INDÍGENA SOLICITE QUE UN PROCESO SEA REMITIDO A SU JURISDICCIÓN

Extracto n. ° 14

Número de radicado	:	44993
Número de providencia	:	AP3263-2015
Fecha	:	10/06/2015
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Casación

«[...] de cara a los fines del Estado social y democrático de derecho, el carácter participativo y pluralista de nuestra Carta Política y el consecuente reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación, obliga a garantizar a las comunidades ancestrales el ejercicio autónomo de la jurisdicción especial indígena y a admitir, en punto de legitimación, entendida esta como la titularidad ejercida respecto de un derecho subjetivo, que las autoridades indígenas tienen la capacidad jurídica para desplegar la actividad jurisdiccional, sin apelar a la ley de coordinación entre jurisdicciones -hasta el momento no expedida por el Congreso-, y, en ese contexto, de reclamar directamente a la justicia ordinaria, la remisión por competencia de los procesos promovidos contra los miembros de sus comunidades, siempre que se acredite el cumplimiento de los factores personal, territorial, institucional y objetivo, es lo cierto que, tal facultad está delimitada por el presupuesto adjetivo de oportunidad.

En efecto, las autoridades étnicas no comparecen al proceso penal como titulares de una relación jurídica específica y directa con el delito imputado y la responsabilidad que le puede caber al acusado en el mismo, sino para hacer valer su derecho, constitucionalmente reconocido, a juzgar, conforme a sus usos y costumbres, el comportamiento de uno de los miembros de su grupo minoritario.

Entonces, no podría despacharse desfavorablemente la petición de una autoridad ancestral por el hecho de no ser sujeto procesal, o no actuar a través del defensor del encartado, pues, se insiste, aquella no acude al proceso en pos de litigar en favor o en contra del procesado, sino por virtud de su potestad jurisdiccional, tal y como ocurre, cuando la justicia castrense reclama para sí la instrucción de un injusto cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo y que tenga relación directa con él.

No obstante, no es posible concluir lo mismo acerca del requisito procesal de oportunidad para presentar peticiones destinadas a asumir, en la jurisdicción indígena, una investigación penal.

En efecto, en vigencia de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal señaló que un conflicto de competencia, suscitado por una autoridad indígena, a la luz del artículo 97 *ejusdem*, “puede ser propuesto en cualquier momento, siempre que se haga antes del proferimiento de la sentencia de primera instancia” (CSJ AP, 01, abr. 2009, rad. 25794), pues dicho precepto señala que «[e]n todo caso no se podrá proferir sentencia hasta que se haya dirimido el conflicto».

Del mismo modo, en cuanto hace a la definición de competencia, propia del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, el canon 54 de la Ley 906 solo autoriza al juez ante quien se formuló la acusación –de primera instancia- para que la proponga, lo que sugiere como límite procesal el fallo de primer grado para que dicho funcionario de curso a la referida solicitud de definición, pero el precepto 341 señala que, de la impugnación de competencia -de la cual pueden hacer uso las partes (CSJ AP 30 may. 2009, rad. 24.964)- “conocerá el superior jerárquico del juez”, norma que no especifica el nivel jerárquico del juzgador acusado de incompetencia y que, entonces, permite la postulación del incidente de incompetencia incluso en sede de segunda instancia, no así, cuando el proceso ha arribado a la Corte por virtud del recurso extraordinario de casación.

Es de este modo que, en cumplimiento de la función asignada a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en los artículos 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley 270 de 1996 –Estatutaria de la Administración de Justicia-, esa Corporación ha admitido el conocimiento de conflictos o asignaciones de competencia entre jurisdicciones, planteados después de dictado el fallo de primera instancia pero, en todo caso, antes de que arribe a la Corte por virtud de la impugnación extraordinaria intentada por alguna parte o interviniente (CSdelaJ SD, 31 mar. 2004, rad. 1100101020002003432601, CSdelaJ SD, 12 sep. 2012, rad. 110010102000201202053 00, CSdelaJ SD, 22 ene. 2014, rad. 110010102000201400011 00 / 2178 C).

En este sentido, al examinar un conflicto suscitado por una autoridad indígena, tras dicho momento procesal, el Consejo sostuvo (CSdelaJ SD, 26 jul. 2011, rad. 110010102000201101877 – 00):

Lo primero, es aclarar que la Sala se pronunciará respecto del conflicto planteado, pese a que se tiene sentencia de primera instancia por la cual fue condenado el victimario por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, por cuanto es situación aún no definida, es decir, su ejecutoria está pendiente del pronunciamiento de la segunda instancia, donde quedó en statu quo, mientras se define el conflicto entre las jurisdicciones, por lo tanto, ante el hecho que la situación procesal no se ha finiquitado, es viable la propuesta de la controversia entre la justicia penal ordinaria y la indígena, tal como se presenta en el asunto sub-lite.

Así las cosas, ha de entenderse que la petición por cuyo medio una autoridad indígena reclama la competencia para juzgar a los miembros de su comunidad, puede intentarse máximo en segunda instancia, sin perjuicio, de que, tal solicitud, idealmente, se formule durante la audiencia de formulación de acusación de que trata el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, atendiendo que es el escenario propicio para que las partes y el Ministerio Público “expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación (...)”.

Y es que, culminado el debate probatorio ante los jueces de conocimiento, de la Corte no cabe pronunciamiento distinto a aquel que decide sobre la admisión de la demanda y, seleccionada ella, al fallo a que haya lugar.

De todo lo anterior se sigue que, si bien el gobernador del Cabildo Indígena de P, en principio, gozaba de legitimidad para reclamar directamente, ante la justicia común, el ejercicio de la jurisdicción especial indígena frente al procesado, tal facultad estaba restringida a las instancias, razón por la cual su petición deviene extemporánea, habida cuenta que fue presentada ante la Corte cuando ya se habían dictado los fallos de primer y segundo grado».

NORMATIVA APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 256-6
Ley 270 de 1996, art 112.2

Ley 600 de 2000, art. 97
Ley 906 de 2004, art. 54, 339

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CSJ SP, 01, abr. 2009, rad. 25794

CAPÍTULO 3.



**FUERO INDÍGENA:
CONTENIDO Y CRITERIOS DE APLICACIÓN**

3.1 FUERO Y JURISDICCIÓN INDÍGENAS: CONCEPTO Y DIFERENCIAS

Extracto n. ° 15

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	11/11/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] en la sentencia C-463 de 2014 que estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1890 «*Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*», se adoptó una definición de jurisdicción especial indígena y de fuero indígena, distinguiendo ambos conceptos y reiterando los elementos que componen a cada uno, citando para el efecto la sentencia T-552 de 2003. Lo siguiente fue lo que se señaló sobre el particular:

A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado.

El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional.

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con la jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

De lo anterior se colige que no basta entonces constatar los elementos del fuero indígena, sino también los que conforman esta jurisdicción especial, en orden a contar con mayores elementos que permitan definir en cada caso, si determinado asunto debe dejarse en manos de las autoridades indígenas, pudiendo también acudir el intérprete para la solución de los asuntos concretos, a criterios como los principios de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural».

NORMATIVA APLICADA:

Ley 89 de 1890, art. 11

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 16 jun. 1999, rad. 12043; CC T-522 de 2003; CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 16189; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275

3.2 ELEMENTOS DEL FUERO INDÍGENA

Extracto n. ° 16

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	11/11/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] los criterios definitorios del fuero indígena se establecieron de la siguiente manera:

- (i) El elemento personal en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena y respecto al que se determinan 2 supuestos de hecho: “(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta”; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta “(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos”.*

Por lo anterior, se estableció que se observan como elementos orientadores que permitan definir la competencia los siguientes: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”¹⁵.

¹⁵ «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez».

- (ii) *El elemento territorial que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, de lo cual se derivan 2 criterios interpretativos: “(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: “Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”¹⁶.*
- (iii) *El elemento institucional u orgánico, en el que se hace necesaria la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; lo anterior significa que: (i) existe un poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) adicionalmente un concepto genérico de nocividad social. Adicionalmente este elemento se conformaría por 3 criterios de interpretación: “La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado¹⁷; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos¹⁸ y La satisfacción de los derechos de las víctimas”¹⁹.*

¹⁶ «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub».

¹⁷ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “1. La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado: 1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas. 1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello. 1.3. En casos de “extrema gravedad” o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente”

¹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos: 2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente. 2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de nocividad social¹⁸”

¹⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “3. La satisfacción de los derechos de las víctimas: La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación

(iv) *El elemento objetivo a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.*²⁰ (Resaltado hace parte del texto)».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-634 de 1999; CC T-634 de 1999; CC T-1238 de 2004; CSJ AP, 20 may. 2009, rad. 30799; CC T-617 de 2010; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275; CC T-002 de 2012; CSJ AP, 14 ag. 2012, rad. 39469; CC T-866 de 2013; CC T-921 de 2013; CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 39444; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 42537; CSJ SP3004-2014; CSJ AP2439-2015; SP14851-2015 y SP17726-2016

a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

3.3 ELEMENTO PERSONAL DEL FUERO INDÍGENA: LA ACULTURACIÓN EXIGE LA RUPTURA TOTAL DEL VÍNCULO COMUNITARIO Y NO SE PRESUME POR EDUCACIÓN O VÍNCULOS LABORALES

Extracto n. ° 17

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	11/11/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Sobre el fenómeno de la aculturación debe sostener la Corte que el mismo no se da por el simple hecho de que el indígena reciba instrucción del sistema educativo de la comunidad mayoritaria o establezca vínculos laborales o profesionales con ésta, puesto que aun así puede continuar integrado a la colectividad de la que proviene, ejerciendo prácticas propias de ambas culturas sin que pierda su identidad como indígena. La aculturación solo se da en casos en los que se rompe todo nexo con la comunidad nativa y el individuo adopta por completo los usos y costumbres de la sociedad dominante, por fuera del territorio indígena.

Al respecto es procedente citar la sentencia T-764 de 2014, en la que se analizó un caso de homicidio doloso y lesiones personales dolosas en donde el fuero indígena del procesado fue negado por los jueces de conocimiento por razón de su nivel educativo dada su condición de docente, por lo que se afirmó que no concurría el factor personal. Este argumento fue desvirtuado por la Corte Constitucional, que se pronunció así:

“Si bien el referido indiciado posee un cierto grado de instrucción académica como “normalista”, no puede concluirse que esa situación, u otras afines, configuren una renuncia a los valores y tradiciones ancestrales del Resguardo al que pertenece, pues su desarrollo se encuentra protegido ampliamente por la Constitución y la ley, tal y como se precisa en esta providencia, habida cuenta que buena parte de la especial protección constitucional que se prodiga a los grupos étnicos deviene, precisamente, de “... la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción

sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)...”²¹.

Así las cosas, la condición de (...) frente a la comunidad indígena de Yascual, su calidad de ‘regidor del cabildo’ y de docente, más allá de la comprensión que este tenga de los asuntos propios de la ‘cultura mayoritaria’, debe ser interpretada como un avenimiento con su etnicidad. Luego, entiende la Sala que, sobre ese particular, se estructura el cumplimiento del factor personal o subjetivo para ser depositario del fuero indígena”.

[...]

También insiste la Corte en que el elemento personal no se desvirtúa por el hecho de que el indígena reciba educación de cualquier institución perteneciente a la cultura mayoritaria y adopte un estilo de vida propio de la comunidad dominante, pues mientras mantenga el vínculo con su colectividad originaria, practique sus usos, costumbres y cometa el hecho punible en concurrencia de los elementos que componen el fuero indígena (personal, territorial, objetivo e institucional) y se cumpla los requisitos para activar la jurisdicción indígena (humano, orgánico, normativo, geográfico y de congruencia), debe ser cobijado con la garantía de este fuero especial para que sea juzgado y sancionado por las autoridades indígenas, en orden a hacer efectivos los principios de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-764 de 2014 y CC T-282 de 2011.

Con este pronunciamiento la Sala recoge lo dicho en sentencia SP 6759-2014, donde al hacer el análisis del elemento personal afirmó:

«[...] advierte la Sala que se trata de una persona con permanente acceso a la cultura mayoritaria, máxime si nació en [...] el 17 de abril de [...], habla perfectamente español, realizó estudios de bachillerato y

²¹ «Sentencia T-282 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva».

universidad, se desempeñó por varios años como docente de colegios públicos, ha residido por más de diez años en la capital del Departamento de [...], convivía en unión libre con [...] – también docente – con quien tuvo una hija que para la época de los hechos tenía 5 años de edad, igualmente tuvo un hijo (22 años de edad) con [...], dos más (19 y 17 años) con [...], y otros dos (11 y 5 años) con [...], además de que no aludió a su condición indígena en el acto de vinculación procesal, de modo que no puede afirmarse de manera alguna que el delito de acceso carnal violento por el cual se le acusó fuera ajeno a su comprensión, o peor aún, que sea propio de su particular cosmovisión nativa del mundo.

Es pertinente señalar que la “aculturación” corresponde a un fenómeno que trasciende las barreras de lo simple y llanamente jurídico o legal, en cuanto comporta una ponderación sociológica».

3.4 ELEMENTO INSTITUCIONAL: LA DIFERENCIA ENTRE LOS SISTEMAS SANCIONATORIOS INDÍGENA Y ORDINARIO DEBE ANALIZARSE A PARTIR DE LA EFECTIVIDAD DEL DEBIDO PROCESO Y DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS

Extracto n. ° 18

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	11/11/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«[...] en cuanto al factor de congruencia, componente de la jurisdicción indígena, se sostuvo que como quiera que la víctima era una mujer menor de edad y aborigen indígena, estas circunstancias la hacían sujeto de especial protección, cuyos derechos a la verdad, justicia y reparación no iban a ser garantizados por la justicia indígena, en tanto el acusado no se haría merecedor a una sanción proporcional a la gravedad de la ofensa. En sustento de tal aserto se citó el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas de consagración constitucional.

[...]

[...], el factor de congruencia, integrante de la jurisdicción indígena, que no del fuero, impone que el orden jurídico de estas comunidades minoritarias no sea contrario a la Constitución y la ley. Tal contradicción no viene dada por la diferencia entre las sanciones que la justicia indígena prevé, respecto de las que establece el Código Penal, que en la gran mayoría de los casos impone la pena privativa de la libertad y que se justifica sobre todo en los delitos que protegen bienes jurídicos de prevalente interés para el Estado como la vida, la dignidad humana, la libertad y formación sexuales, entre otros.

La diferencia entre el sistema sancionatorio que cada una de las culturas establece para una conducta reprochada por ambas sociedades, es un asunto que corresponde estudiarse en sede del elemento institucional como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite establecer si los derechos de las víctimas son garantizados a través de los procedimientos y sanciones allí fijadas

[...]

[...] esta Corporación precisa su jurisprudencia en el entendido de que en casos en los que la afectación al bien jurídico sea grave en la visión de la cultura mayoritaria y la jurisdicción indígena solicite para sí el juzgamiento del presunto responsable, debe ser el elemento institucional el que defina si se cumplen los presupuestos para reconocer el fuero especial, es decir, si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos que hagan efectivos el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad, sin que la ausencia en la justicia indígena de la pena de prisión que contempla el Código Penal, pueda servir de criterio orientador para fijar la efectividad de los derechos de los afectados con el delito dentro del procedimiento previsto por las leyes indígenas».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-349 de 1996; CC T-617 de 2010; CC T-364 de 2011

A través del presente pronunciamiento la Sala recoge lo dicho en sentencia SP 6759 de 2014, donde al hacer el análisis del factor de congruencia afirmó:

«En cuanto atañe al factor congruencia, referido a que “el orden jurídico tradicional de la comunidad indígena no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley” [...].

[...]

Acreditadas las especiales protecciones constitucionales y legales de la víctima, encuentra la Sala que en el Capítulo Décimo del Reglamento Interno del Pueblo Indígena [...] Resguardo [...], el cual trata de las “sanciones a las infracciones” se dispone:

“Violación: agresión sexual, corrupción de menores: Si es entre menores de edad, comparecerán con sus padres ante el Cabildo y Concejo de Ancianos. Si es mayor de edad reparará según acuerdo de las partes el daño y de acuerdo a la edad del agredido, se determina su gravedad, para la asignación de latigazos y castigo de 1 a 8 años” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, considera la Colegiatura que en punto del factor analizado no se cumple con el plus de protección constitucional y legal especial dispuesto a favor de la víctima, específicamente en cuanto se refiere a sus especiales condiciones de mujer, menor e indígena, pues palmario se advierte que si el asunto correspondiera a la jurisdicción indígena, no se cumpliría con las exigencias de verdad, justicia y reparación, más puntualmente en cuanto se refiere a la justicia, pues el acusado no recibiría la condigna sanción.

Se impone tener presente que el principio constitucional de proporcionalidad en materia penal se manifiesta en la consigna de prohibición de exceso y tiene sustento normativo en los artículos 1° (Estado social de derecho); 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución); 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona); 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas); 11 (prohibición de la pena de muerte); 12 (proscripción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes); 13 (principio de igualdad) y 214 (proporcionalidad de las medidas excepcionales) de la Constitución Política.

3.5 ELEMENTO INSTITUCIONAL: LA SANCIÓN ESTABLECIDA POR LA COMUNIDAD INDÍGENA –PUEDE SER NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD– NO ES CRITERIO PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 19

Número de radicado	:	46556
Número de providencia		SP15508-2015
Fecha	:	11/11/2015
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«En esta ocasión, debe sostener la Sala que el tipo de respuesta punitiva que instituye la jurisdicción indígena en relación con la gravedad del hecho y la naturaleza del bien jurídico, no puede constituirse en un criterio para impedir que imparta justicia en un asunto en el que los elementos del fuero y de la jurisdicción indígena concurren, puesto que es suficiente con que se establezca que su sistema normativo prevé un procedimiento en el que se verán satisfechos los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación.

La efectividad de dichas garantías para la víctima no viene siempre asegurada con la imposición de una pena privativa de la libertad por varios años al interior de un centro de reclusión y bajo un régimen penitenciario, como se tiene previsto en el derecho de la mayoría. Afirmar que solo la prisión es la respuesta adecuada para el delito y para hacer efectivas las garantías de víctimas y perjudicados, sería despreciar de tajo las sanciones que contempla la autoridad indígena que cuenta con la capacidad de hacerlas cumplir (poder de coerción), satisfaciendo las funciones de la pena de retribución justa, prevención general y especial y resocialización, debido al efecto que para el indígena infractor y para su comunidad produce la sanción irrogada por sus autoridades.

[...]

En últimas, la Sala ahora quiere significar que cuando se juzguen hechos de mayor gravedad, atentatorios contra bienes jurídicos de especial interés constitucional para la cultura mayoritaria y que a su vez incumben a la

comunidad indígena, como, por ejemplo, las ofensas contra la libertad y formación sexuales de menores de edad, el elemento institucional, siempre que se cumplan los restantes, cobra particular importancia para definir el conflicto de jurisdicciones, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador.

Luego en tales eventos, resulta improcedente aducir que el sistema sancionatorio de los indígenas comporta un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, pues un razonamiento de tal naturaleza implica el desconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas y la imposición del sistema penal de la sociedad dominante que de entrada y en forma genérica perfila a la jurisdicción indígena como incapaz de aplicar justicia a los infractores que ejecutan delitos de cierta gravedad, dejando en el ámbito de tal jurisdicción delitos menores o conductas que no le interesan al Estado».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-764 de 2014

CAPÍTULO 4.



**CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN
Y CONTROL JUDICIAL**

4.1 INAPLICABILIDAD DEL CONFLICTO DE JURISDICIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN EL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN

Extracto n. ° 20

Número de radicado	:	63520
Número de providencia	:	AP2769-2023
Fecha	:	13/09/2023
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Extradición

«De la remisión de la actuación al Resguardo Indígena del Playón Nasa Naya.

El Resguardo Indígena del Playón Nasa Naya de Buenos Aires – Cauca, solicitó la remisión del expediente de extradición a la autoridad tradicional, al aducir que, JDMM pertenece a esa comunidad étnica. Agregó que, en caso de no accederse a tal pretensión, debían remitirse las diligencias a la Corte Constitucional y/o Consejo Superior de la Judicatura para que se definiera a quien compete el trámite del asunto.

La extradición es un mecanismo de cooperación jurídica internacional que tiene como propósitos principales evitar la impunidad y la investigación, juzgamiento y sanción, especialmente, de aquellos delitos de naturaleza transnacional.

Además, en pretérita oportunidad esta Corporación indicó que la extradición:

Se soporta, principalmente, en los principios aut dedere aut judicare y de soberanía nacional y no tiene carácter sancionatorio, tratándose, en verdad, de un procedimiento mixto complejo que, en todo caso, ha de desarrollarse con observancia del debido proceso y los derechos fundamentales inherentes a la persona solicitada bajo tal trámite.

La obligación internacional de extraditar propende, además, por contribuir a la convivencia pacífica y al fortalecimiento de relaciones de ayuda y cooperación mutuas entre las naciones; de ahí que, cuando un Estado, en ejercicio de tal prerrogativa, decide no conceder la extradición, habrá de

cumplir la carga que refleja el axioma *aut dedere aut judicare*, esto es, la de investigar y juzgar al requerido bajo las leyes nacionales.

En esa línea, el Convenio I de Ginebra de 1949 dispone en su artículo 49, inciso 2º que «cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad. Podrá también, si lo prefiere, y según las disposiciones previstas en la propia legislación, entregarlas para que sean juzgadas por otra Parte Contratante interesada, si ésta ha formulado contra ellas cargos suficientes» CSJAP2631-2022, Rad. 61321.

Igualmente, conforme con lo establecido en el artículo 35 de la Constitución Política, la extradición «se podrá solicitar, conceder u ofrecer, de acuerdo con los tratados públicos y, en su defecto, con la ley».

En desarrollo de dicha norma constitucional, la Ley 906 de 2004, estableció el trámite de extradición, en su artículo 492 *ibidem*, que indica que «la oferta o concesión de la extradición es facultativa del gobierno; pero requiere concepto previo y favorable de la Corte Suprema de Justicia».

Además, el procedimiento fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C-460/08, en la que claramente indicó:

En el trámite de extradición intervienen dos ramas del poder público, la Ejecutiva y la Judicial, la primera por participación de los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia, y del Presidente de la República, mientras que por la Judicial actúan el Fiscal General de la Nación, quien decretará la captura del requerido y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que emitirá el concepto sobre la viabilidad de la extradición, que obliga al Gobierno si es negativo y, de ser favorable a la solicitud del país requirente, deja al Ejecutivo en libertad de obrar según la conveniencia nacional. El análisis que compete realizar a la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, al conceptuar acerca de la concesión o negación de la extradición, comprende la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos o derivados de la Constitución, principalmente en cuanto no se trata de la extradición por la comisión de delitos políticos; ni por hechos anteriores a la expedición del Acto Legislativo 01 de 1997, en el caso de la extradición de colombianos por nacimiento, según lo previsto en el artículo

35 de la Carta Política; ni se vayan a imponer en la nación requirente tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni penas proscritas en Colombia como la de muerte o la prisión perpetua . (Negrilla fuera de texto).

Aclarado lo anterior, para el presente caso, advierte la Sala que la pretensión del Resguardo Indígena del Playón Nasa Naya de Buenos Aires – Cauca, resulta abiertamente improcedente, toda vez que la actuación de esta Corporación se encuentra delimitada por lo establecido en los artículos 490 y siguientes de Ley 906 de 2004 y culmina con la emisión del concepto favorable o desfavorable, a lo que se suma que, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia es la única autoridad colombiana competente para adelantar dicho trámite.

Además, esta Corte no adelanta proceso de tipo judicial contra JDMM, como para que pueda plantearse un conflicto de jurisdicciones como el que, de manera errónea pretendió formular la comunidad ancestral.

Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que la configuración de un conflicto de tal naturaleza, requiere la concurrencia de tres presupuestos a saber:

i) objetivo ii) subjetivo; y iii) normativo. El presupuesto objetivo, exige la existencia de un proceso judicial que suscite la controversia. El presupuesto subjetivo supone que al menos dos autoridades judiciales pertenecientes a distintas jurisdicciones soliciten conocer del caso. Finalmente, se encuentra el presupuesto normativo, “a partir del cual es necesario que las autoridades en colisión hayan manifestado, a través de un pronunciamiento expreso, las razones de índole constitucional o legal por las cuales se consideran competentes o no para conocer de la causa”. Estos requisitos son concomitantes, de forma que, no habrá un conflicto de jurisdicciones cuando se advierta la carencia de alguno de los anteriores. (Negrilla fuera de texto).

En el presente evento, se reitera, el trámite de extradición que adelanta esta Corporación contra JDMM es de tipo judicial y su competencia se encuentra claramente delimitada en la Ley, luego no hay lugar a impartir trámite a la petición incoada por el Resguardo Indígena Playón Nasa Naya, como indicó la Corte en decisión CSJAP2631-2022, Rad. 61321, al exponer que:

(i) el trámite de extradición no es un proceso penal ordinario, por lo que no es viable, en sede de extradición, que se plantee una especie de «conflicto de jurisdicciones», bajo los términos del numeral 11 del artículo 241 de la Carta Política, adicionado por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015; (ii) en la fase judicial de la extradición no se investiga ni juzga al solicitado, como para que pueda oponerse la eventual calidad foral indígena que pudiese eventualmente ostentar; y (iii) como se explicó en precedencia, a esta Corporación compete, de manera exclusiva y excluyente, la verificación de los requisitos constitucionales y legales para emitir el concepto de rigor, sin que la Corte Suprema de Justicia pueda opinar acerca de la presunta responsabilidad penal de la persona requerida en extradición.

Por lo anterior, la solicitud de traslado del presente trámite de extradición al Resguardo Indígena del Playón Nasa Naya será negada”».

4.2 REQUERIMIENTO PROBATORIO A AUTORIDADES INDÍGENAS Y NEGATIVA DE SUSPENSIÓN DEL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN

Extracto n. ° 21

Número de radicado	:	63568
Número de providencia	:	AP2878-2023
Fecha	:	20/09/2023
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Extradición

«(...) se dispone requerir al Gobernador del Resguardo Indígena Cuaspud Carlosama de Nariño, para que en el mismo término antes señalado, allegue certificado de existencia de dicha comunidad, el acto administrativo a través del cual se constituyó el mencionado resguardo e informe si contra ACCY se ha emitido condena al interior de dicha comunidad, en caso afirmativo, expida copia auténtica de la sentencia proferida contra la citada ciudadana, indique los hechos que motivaron la investigación, el delito sancionado, la constancia de ejecutoria, el estado actual de la actuación y del cumplimiento de la sanción privativa de la libertad impuesta a ACCY.

Así mismo, se dispone requerir al Ministerio del Interior – Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías-, para que: (i) allegue el certificado de existencia del Resguardo Indígena Cuaspud Carlosama de Nariño, (ii) indique si el citado resguardo se encuentra reconocido como entidad territorial y (iii) si en sus bases de datos está registrada ACCY como comunera y desde qué fecha.

De otro lado, la defensa solicita que se abstenga la Corporación de continuar con el trámite de extradición hasta que se adelante el procedimiento correspondiente y se tenga en consideración el enfoque diferencial, debido a que ACCY es indígena. Sin embargo, de conformidad con lo establecido en los artículos 490 y ss del Código de Procedimiento Penal, no existe causal que permita suspender la presente actuación y menos por la razón que postula el representante judicial de la reclamada».

4.3 CONTROL JUDICIAL EN LA EXTRADICIÓN: PRUEBA DE OFICIO PARA VERIFICAR LA ACTIVACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 22

Número de radicado	:	61160
Número de providencia	:	AP3450-2022
Fecha	:	03/08/2023
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Extradición

«Con el mismo fin, de oficio, la Sala ordenará a la Dirección de Investigación Criminal e Interpol DIJIN que consulte en el Registro Único Nacional de Antecedentes y Anotaciones Judiciales del Sistema de Información Operativo-SIOPER- de la Policía Nacional, si contra el mencionado se ha adelantado alguna investigación o aparecen registrados antecedentes en su contra.

A su vez, de cara a la información aportada por la defensa, se estima necesario tener como pruebas los documentos aportados por el apoderado del requerido en razón a que están dirigidas a examinar una posible vulneración al principio non bis in ídem y el presunto fuero indígena del reclamado, sin embargo, en orden a constatar otros elementos que deben presentarse para reconocer la activación de la jurisdicción indígena (cf. SP-3339/2020, Rad. 52708) y en procura de establecer su efectiva concurrencia, la Sala ordenará requerir:

Al Ministerio del Interior - Dirección de Asuntos Indígenas, para que certifiquen si la comunidad indígena Zenú Guaymaral o Cabildo Local Zenú La Libertad Pica Pica Viejo, se encuentra legalmente constituida y reconocida como ente territorial, especificando jurisdicción, límites territoriales, nombres y cargos de sus autoridades, así como también informe si dentro de los censos que a esa entidad aportan las comunidades nativas, se encuentra registrado O.M.R. identificado con cédula de ciudadanía n.° [...], en caso afirmativo, desde qué fecha.

Al Gobernador del Cabildo Local Zenú La Libertad Pica Pica Viejo Puerto Libertador - Córdoba, para que certifique si el requerido pertenece a su comunidad y comunique cuál es el procedimiento de investigación, juzgamiento y sanción aplicado, las autoridades ancestrales a cuyo cargo

están tales actuaciones y las circunstancias de modo, tiempo y lugar que sustentaron la decisión condenatoria contra O.M.R. y su ejecutoria. Igualmente, deberá allegar copia de las actuaciones surtidas y de todas las decisiones adoptadas en el marco de ese trámite».

4.4 OPORTUNIDAD PROCESAL PARA ACREDITAR LA CALIDAD DE INDÍGENA EN EL TRÁMITE DE EXTRADICIÓN

Extracto n. ° 23

Número de radicado	:	59946
Número de providencia	:	CP004-2023
Fecha	:	25/01/2023
Tipo de providencia	:	Concepto
Clase de actuación	:	Extradición

«(...)», es necesario recordar que al interior del trámite de la extradición existe un momento procesal dispuesto para que las partes soliciten las pruebas que estimen convenientes para acreditar o desvirtuar los requisitos que determinan la viabilidad del pedido internacional. En ese sentido, el artículo 500 del Código de Procedimiento Penal dispone que se debe correr traslado por el término de diez días para que se formulen las solicitudes probatorias. Luego de ello, la Corte deberá emitir el concepto correspondiente, precedido de las alegaciones finales de los intervinientes.

En el caso concreto, el 28 de julio de 2021, el Ministerio de Justicia y del Derecho remitió a la Corte el expediente de extradición. El 7 de diciembre de 2021, a través de auto de sustanciación se reconoció personería jurídica al profesional del derecho DFGB, a quien el requerido le confiriera poder especial para que ejerciera su defensa en este asunto y, en el mismo auto, se dispuso correr el término para que los sujetos procesales formularan las peticiones probatorias. Tanto el defensor como el requerido suscribieron acta de notificación personal de la determinación judicial en comento.

Dentro del lapso previsto para las solicitudes probatorias, el representante del Ministerio Público exteriorizó su intención de no requerir la práctica de ningún medio de conocimiento y, por su parte, la defensa de LESH guardó absoluto silencio. Más adelante, el solicitado revocó el poder conferido a su apoderado judicial y le encargó su defensa a JAMQ, a quien se le reconoció personería para actuar el 13 de septiembre de 2022.

El 19 de septiembre de 2022, la magistrada ponente dispuso correr traslado a los intervinientes para que presentaran los alegatos finales. En esta oportunidad y, por primera vez en todo el trámite, el defensor del solicitado anunció la existencia de una condena por parte de la jurisdicción especial

indígena sobre LESH, la cual supuestamente guarda correspondencia fáctica con la solicitud de extradición.

Vistas así las cosas, es claro que el espacio para formular los alegatos de conclusión en el trámite de extradición no es el escenario procesal oportuno y adecuado para incorporar un tema de discusión novedoso en relación con el pedido internacional y, mucho menos, para ofrecer medios de convicción a la Sala con fundamento en circunstancias fácticas ignoradas en todo el desarrollo de la actuación.

En ese orden de ideas, la representación judicial de LESH y, la defensa material que él mismo estaba en capacidad de ejercer, dejó pasar la oportunidad procesal legalmente instituida para introducir las pruebas al trámite de la extradición y, en esa medida, no es de recibo que ahora pretendan utilizar los alegatos de conclusión para revivir la posibilidad de solicitar pruebas. Por eso, la Sala advierte un incumplimiento de los deberes procesales de la unidad de defensa que, en esta etapa avanzada del trámite, no es posible pasar por alto.

Adicionalmente, en este caso existen dos razones que blindan constitucionalmente el trámite que antecede a la emisión del concepto: en primer lugar, se demostró que desde el inicio de las actuaciones el solicitado ha contado con la representación judicial de un profesional del derecho y, en segundo lugar, si bien ocurrió una revocatoria del poder y luego de culminada la etapa probatoria un nuevo abogado asumió la defensa de los intereses del requerido, en ningún momento se ofrecieron razones que, de algún modo, adviertan dificultades en la etapa probatoria y que ilustren a la Sala sobre circunstancias que desconozca y que posiblemente puedan implicar retrotraer la actuación o disponer la práctica de pruebas de oficio.

Para esta Sala es claro que, de un lado, la defensa de LESH inobservó las etapas del trámite de la extradición e introdujo de manera inadecuada el tema y las pruebas alusivas al supuesto ejercicio de la jurisdicción indígena en su contra y, por otro lado, no se demostraron motivos de raigambre constitucional que puedan autorizar el ingreso del planteamiento novedoso en una etapa del trámite que no corresponde. Por lo tanto, la Sala no realizará el estudio de fondo de las proposiciones que el defensor ha formulado de cara a la posible afectación del non bis in ídem del requerido».

4.5 PREVARICATO POR ACCIÓN EN FALLO DE TUTELA: AMPARO INDEBIDO PARA VALIDAR EJECUCIÓN DE PENA EN RESGUARDO INDÍGENA

Extracto n. ° 24

Número de radicado	:	54612
Número de providencia	:	SP5558-2019
Fecha	:	12/12/2019
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«De acuerdo con la situación fáctica se cuestiona la legalidad del fallo de tutela de 5 de marzo de 2014, expedido por el procesado, mediante el cual amparó los derechos fundamentales a la autonomía de los pueblos indígenas en conexidad con el non bis in ídem y la libertad de AJMH y PCPR [...]

[...]

La cesura se contrae a pedir la revocatoria del fallo de condena de primera instancia por considerar que la conducta enrostrada a VMCY es atípica, pues de una parte, no existe irregularidad en el trámite y, de otra, la decisión de tutela proferida por este dentro del radicado [...], no constituye un prevaricato por acción, en tanto aquella no fue manifiestamente ilegal y, por el contrario, obedeció a una interpretación razonada de los principios constitucionales que rigen las relaciones entre la jurisdicción ordinaria e indígena en materia del cumplimiento de la pena.

Efectuada esta precisión, entra la Sala a valorar la conducta desplegada por VMCY al proferir el fallo de tutela el 5 de marzo de 2014, dentro del radicado [...].

Conviene indicar que no existe discusión sobre la calidad de Juez 1° Promiscuo del Circuito de Chinú- Córdoba del acusado para el momento de los hechos, ni del conocimiento que éste tuvo de la demanda de tutela instaurada el 18 de febrero de 2014 por el abogado IJAM, en representación de AJMH y PCPR.

Tampoco se discute que, mediante auto del día siguiente, admitió la acción constitucional y el 5 de marzo de la misma anualidad profirió sentencia, amparando los derechos invocados por los accionantes.

Ahora bien, a diferencia de lo estimado por el Tribunal, el recurrente indicó que el fallo de tutela no fue manifiestamente contrario a la ley y obedeció a un procedimiento acorde dentro de un análisis de ponderación y aplicación de principios constitucionales. [...]

[...]

Detalladas las incidencias procesales del trámite constitucional con radicado [...], encuentra la Sala que la sentencia de tutela proferida por el acusado es manifiestamente contraria a la ley, la cual deviene de una interpretación caprichosa y destinada a favorecer los intereses de los accionantes, tal como pasa a explicarse:

En primer lugar, del anterior recuento fáctico, se observa que, al haber AJMH y PCPR ingresado al Resguardo Zenú, se imponía cumplir, por parte de las autoridades indígenas, lo estipulado en la Ley 600 de 2000 artículos 351 , 352 y 360 -, normatividad infringida, pues, de conformidad con el canon 28 de la Carta Política , existía orden legítima de autoridad competente proferida por la Fiscalía Especializada de la Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, el Juez 2° Especializado de Bogotá -de descongestión adjunto- y el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Esta premisa normativa fue advertida por la Fiscalía al hacer referencia a la providencia de 5 de marzo de 2010 emitida por ese cuerpo colegiado, la cual negó libertad por pena cumplida a los accionantes, y ordenó copias penales y disciplinarias en contra de las autoridades indígenas renuentes en acatar el requerimiento anterior, marco jurídico ignorado por VMCY , hecho procesal de conocimiento del acusado pues sabía de la existencia de las órdenes de captura libradas en contra de estos, pues así se dejó en la demanda . De ahí que no le asiste la razón a la defensa técnica cuando advirtió en el recurso que el ente de investigación se abstuvo de señalar las normas infringidas por CY.

En segundo término, en relación con los aspectos procedimentales referidos en el recurso, el acusado en el trámite se abstuvo de vincular al Tribunal

Superior de Distrito Judicial de esta ciudad, Corporación que, en distintas oportunidades, se había pronunciado sobre la libertad de los accionantes, tal como aparece en el numeral 3.6. de los hechos de la demanda , al punto de no reconocer el tiempo de permanencia en el Centro «Cacique Mexión», según decisión de 5 de marzo de 2010 , la cual fue objeto de recurso de reposición, ratificada por la misma colegiatura el 4 de febrero de 2011 , antes de resolver el recurso de apelación interpuesto con motivo de la condena de primera instancia proferida por el Juzgado 2º Especializado de esta ciudad -adjunto de descongestión- , situación que fue puesta en conocimiento en escrito de 27 de marzo de 2014 por los Magistrados PATRICIA RODRÍGUEZ TORRES, LEONEL ROGELES MORENO y MARCO ANTONIO RUEDA SOTO .

Es evidente que el encartado desconoció la condición del citado Tribunal como tercero con interés pues, ni formal ni materialmente, tuvo oportunidad de intervenir en el proceso de tutela en el que se debatieron asuntos que le comprometían directamente por cuanto fue una de las autoridades que desconoció el tiempo supuestamente redimido y reiteró la orden de captura en contra de AJMH y PCPR, con lo cual no tuvo las garantías mínimas de defenderse.

Por ello, se vulneró el artículo 13, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991 y la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional en esa materia (CC T-247-1997, entre otras). De igual manera, el acusado inadvirtió el material probatorio obrante en el trámite que le indicaban que no debió conceder el amparo, tal como se explicará más adelante.

Nótese que esa alta Corporación ha determinado que es deber del juez de tutela integrar el contradictorio en virtud del principio de oficiosidad, apenas advierta que, a pesar de que la tutela se entable contra un sujeto determinado, también deba concurrir otro. Esto se puede hacer previo a resolver el asunto, ante la omisión del demandante (CC T-578-1997), cuestión procedimental soslayada por el enjuiciado a pesar de que existía en el libelo pruebas que le indicaban esa obligatoria vinculación.

En efecto, el examen de los hechos y del material documental anexo a la tutela, así como de la respuesta suministrada por el INPEC, elementos que conoció el acusado al momento de emitir el fallo de tutela, surgía claro que:

(i) el Tribunal de Bogotá fue la entidad que el 8 de mayo de 2012 confirmó la sentencia de 28 de septiembre de 2009 expedida por el Juzgado 2° Especializado de esta ciudad en contra de los citados por el delito de concierto para delinquir agravado, oportunidad en la que reiteró las órdenes de captura en su contra; y, (ii) estos nunca habían estado a disposición de la justicia ordinaria.

Del mismo modo, el procesado no valoró la situación fáctica 3.6. de la demanda en la cual se consignó que esa Colegiatura el 5 de marzo de 2010 negó la libertad provisional y no les reconoció el tiempo de permanencia en el Centro «Cacique Mexión» con fundamento en el oficio 7103APE 016880 de 16 de diciembre de 2010, suscrito por MLP, Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, lo cual le indicaba el interés -legitimidad por pasiva- de ese Tribunal en el trámite constitucional.

Obsérvese, tal como lo admitió el a quo, que si el Juez acusado consideró que los accionantes tenían orden de captura vigente, aspecto reconocido por este , no podía desconocer que, una vez ingresaron voluntariamente los accionantes al Resguardo, la autoridad indígena jamás los puso a disposición de la justicia ordinaria a pesar de los reiterados requerimientos legítimos de despachos judiciales en diferentes fases del proceso -Fiscalía General de la Nación, Juzgado Especializado, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y Juzgado 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad-.

Es decir, el acusado pasó por alto tales aspectos, soslayando el elemental criterio de que al Juez de tutela no le compete determinar el sitio de reclusión de los condenados, puesto que ello le corresponde al juez natural en cada caso en concreto, vulnerándose, no solo la Carta Política -artículo 28- sino la Ley 600 de 2000 -canones 351, 352 y 360-.

Por lo tanto, ante la omisión del demandante, VMCY, de oficio, debió vincular al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, entidad que solo, por información periodística, se hizo presente para notificarse, por conducta concluyente, de la sentencia de tutela , reclamando sus derechos e interponiendo apelación e incidente de nulidad [con fundamento en el artículo 133, numeral 8° de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso], lo cual fue infructuoso, tal como quedó reseñado en antelación .

Por tal razón, la situación procedimental anterior no era superficial pues si, en principio, se advertía la legitimidad de esa Colegiatura, era claro que la competencia para conocer del trámite de la acción no era el Juzgado regentado por el enjuiciado sino la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1382 de 2000.

Sobre este punto hay que tener en cuenta que el apoderado de los accionantes entabló la tutela, exclusivamente, en contra del INPEC y del Centro de Reflexión «Cacique Mexión», a sabiendas que:

(i) el Tribunal de Bogotá había emitido decisiones de fondo sobre igual problemática pretendida en la misma; (ii) ese lugar no se encontraba dentro de la estructura interna del INPEC; (iii) estaban vigentes las órdenes de captura en contra de los citados; y, (iv) la ejecución de la pena se encontraba a cargo de una autoridad diferente al Director del Centro de Reflexión, tal como lo evidencian los mismos hechos de la demanda y pruebas aportadas a esta, en especial, los fallos de primera y segunda instancia que los condenó como autores del delito de concierto para delinquir.

De ahí que, inexplicablemente, dirigió el amparo contra dos entes administrativos, dejando por fuera al Juez natural encargado de la vigilancia de la pena de los accionantes, a sabiendas que ese Resguardo, conforme la certificación de 17 de febrero de 2014, aportadas a la demanda -expedida por el Cacique EEEE-, relacionada con el supuesto tiempo de cumplimiento de la condena, no ofrecería oposición a la pretensión, tal como se extrae de la respuesta dada por la autoridad indígena, una vez vinculados al trámite, plasmada en la providencia cuestionada .

Este contexto procedimental no se puede pasar desapercibido dado que, justo después de admitida la demanda, el apoderado de los accionantes pidió la vinculación del Juzgado 2º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, hecho reconocido por el acusado y LJAL, oficial mayor encargado de sustanciar la parte formal del fallo de tutela.

Obsérvese que, de los hechos y del acervo probatorio de la demanda, también se colegía el interés del Juzgado encargado de la vigilancia del cumplimiento de la pena impuesta a los accionantes, razón por la cual, de haberse integrado inicialmente a la demanda, la competencia para conocer de esta no recaía en el Juzgado Promiscuo del Circuito de Chinú sino en el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Montería, dada la misma categoría

funcional, tal como lo advirtió el acusado, vulnerándose el decreto 1382 de 2000 -artículo 1°, numeral 2°-.

De ahí que si, en el auto de 3 de abril de 2014, el acusado negó vincular al trámite al Tribunal de Bogotá, pues se estaba en la fase de ejecución de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria penal, este sabía que el juez natural en esa etapa era el Juzgado 2° de Ejecución de Pena y Medidas de Seguridad de esta ciudad, mismo destinatario de una de sus órdenes consignadas en el fallo de tutela de 5 de marzo de 2014.

Por ello, no es que el a quo haya establecido una «mala fe presunta», ni que el acusado esté llamado a responder por la manera en que el apoderado de los accionantes haya diseñado el libelo, sino que, del material probatorio de este, se advertía la autoridad judicial [juez natural] encargada de vigilar el cumplimiento de la pena impuesta a PCPR y AJMH, aspecto soslayado por el acusado. De ahí que el acusado no se puede excusar en que el artículo 86 de la Carta Política y el Decreto 2591 de 1991 le otorgaban competencia pues había una regla especial de reparto vulnerada por el mismo.

De otra parte, en relación con los fundamentos sustanciales de la sentencia proferida por VMCY se observan argumentaciones que no consultaron lo probado dentro del trámite de tutela, con lo cual se desconocieron los medios de conocimiento demostrativos de que la decisión legal a adoptar era la de negar el amparo.

En efecto, uno de los fundamentos del fallo fue la aplicación de la regla contenida en CC T-921-2013, cuya favorabilidad reclamaban los accionantes.

Sin embargo, en el aparte atrás transcrito -mismo utilizado por el enjuiciado- se observa con claridad, que quienes pretendan la aplicación de tal precedente constitucional debían presentar una solicitud previa al juez que vigile el cumplimiento de la medida de aseguramiento o sentencia, lo cual nunca se hizo aquí y, además, el acusado se inventó una regla que no se derivaba de tal precedente.

Es decir, el procesado dio una interpretación sesgada de ese aparte, lo que evidencia, aún más, la materialidad de la conducta, pues, a pesar de las pruebas aportadas, adujo que la pena impuesta a los accionantes estaba siendo ejecutada dentro de las instalaciones dispuestas para tal fin en el

territorio indígena, deducción contraria a la realidad procesal, pues la certificación del Cacique del Resguardo, en modo alguno, debía analizarse aisladamente del contexto, máxime cuando el INPEC respondió que PR y MH no estaban dentro del sistema SISIPEC y sabía que contra estos existían órdenes de captura vigentes.

Es sobre este aspecto que refulge, aún más, lo manifiesta contraria a derecho de la decisión cuestionada pues, sin ninguna base probatoria para el caso en concreto, adujo que esa institución, como órgano controlador de los lugares de funcionamiento de los centros de reclusión, no habían cumplido las reglas de la Corte Constitucional en materia de armonización con la jurisdicción indígena, con la finalidad de respetar a diversidad étnica y cultural. Nótese que en los hechos de la demanda no se mencionó los trámites ante esa entidad que pudieran significar renuencia en ello.

De ahí que, asumiendo la función administrativa del INPEC, concluyó que el Centro de reflexión «Cacique Mexión», tenía todas las condiciones para ser tomado como tal, en términos de seguridad, reclusión y aislamiento y resocialización de los reclusos, tomando como soporte de ello la manifestación del Cacique, esgrimida en la respuesta a la tutela, en relación con el informe FGN-CTI-UPJ de 27 de enero de 2011 de la Fiscalía General de la Nación, el cual, supuestamente, dio ese aval, documento que físicamente no se encontraba en el trámite y, en todo caso, no supe la competencia del INPEC.

Si bien la respuesta del Cacique Mayor Regional Córdoba -Sucre EEEE se realizó bajo la gravedad del juramento, es notoria la complacencia de este en las pretensiones de la demanda al alegar que los accionantes pagaron la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria en el Centro de Reflexión, razón por la cual manifestó su desacuerdo ante la existencia de las órdenes de captura en contra de los accionantes y la renuencia en aceptar de que estos podían pagar la pena en el Resguardo, desviando el objeto de debate, pues se centró en el cumplimiento de los requisitos de aquél como lugar de reclusión, aspecto ajeno a la discusión por cuanto ello era de resorte de las autoridades administrativas -INPEC- .

Recuérdese que el objeto de la tutela se contraía a determinar si ese tiempo de permanencia se podía contabilizar como cumplimiento de la sanción a pesar de no haber autorización para ello por parte del juez natural.

De otra parte, la sentencia T-913-2013 no era precedente para este asunto, pues la regla contenida en esta hace referencia a regulaciones hacia el futuro en un diálogo intercultural del cumplimiento del requisito del debido proceso, bajo el presupuesto de la aprobación previa del juez competente y la vigilancia del INPEC, para comprobar que el indígena se encontrara efectivamente privado de la libertad.

Por lo tanto, la Corte Constitucional allí no se pronunció sobre las consecuencias jurídicas en los casos de personas indígenas que autónomamente cumplieran la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria penal en sus Resguardos, sin la aprobación previa del juez competente y respecto de los que no fue posible ejecutar la orden de captura, como el caso en estudio, tal como esa misma Corporación lo adujo en el auto de 7 de julio de 2016 que decidió la nulidad respecto del fallo de 4 de noviembre de 2015 que revocó lo decidido por el acusado .

Recuérdese que el acusado amparó los derechos fundamentales a la autonomía de los pueblos indígenas en conexidad con el non bis idem y la libertad de los accionantes, por haberse vulnerado por el INPEC y el Resguardo Indígena Zenú de Córdoba-Sucre.

Debido a ello, ordenó a este último certificar el tiempo de reclusión, con la finalidad de que el Juez 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad diera la libertad de los demandantes en el evento en que el tiempo de privación correspondiera a la pena impuesta.

Y, además, dispuso que el INPEC procediera a adelantar las gestiones tendientes a reconocer y verificar el cumplimiento de los requisitos legales de los Centros de Reclusión Especiales para la población indígena privada de la libertad, sin esgrimir argumento alguno en relación con el soporte del incumplimiento de tal instituto sobre ello, salvo la mención al lugar creado por la comunidad Zenú del cual solo se aportaron los actos de constitución pero ningún medio de conocimiento que diera cuenta del trámite para su reconocimiento como tal ante esa institución, como se observa en los anexos de la demanda de tutela . De esa manera, la mención genérica al informe del C.T.I. de 27 de enero de 2011 no supe el procedimiento administrativo ante esa entidad, contrario a lo que reclaman los apelantes.

Las pruebas analizadas le restan solidez a la tesis de la bancada defensiva, quienes afirmaron la legalidad de la decisión pues el acusado no estaba ante

un problema jurídico complejo sino de fácil entendimiento, dado que no se trataba de dirimir un conflicto de jurisdicciones, en atención a que ello ya había sido decidido por el Consejo Superior de la Judicatura.

El enjuiciado solo debía decidir, ante la ausencia del acto administrativo o decisión judicial que autorizara el sitio de reclusión de los accionantes, si estos podían cumplir su sanción en el lugar en el que voluntariamente se recluyeron, teniendo en cuenta que ninguna autoridad judicial había dado su autorización para ello, razón suficiente para no acceder a las pretensiones de la demanda pues era claro la vulneración al principio de legalidad de ejecución de la pena plasmado en el artículo 29 de la Carta Política.

De ahí que el a quo si realizó un correcto juicio de legalidad de la decisión adoptada por el acusado y no se trató de una simple disparidad de criterios sino un grosero apartamiento de las normas atrás señaladas y del material probatorio que tuvo a la mano al momento de decidir el asunto.

En efecto, en el evento presente, ninguna autoridad judicial ni penitenciaria había habilitado el centro de reflexión «Cacique Mexión» como lugar de cumplimiento de la pena impuesta a PCPR y AMH, siendo evidente que, en este caso, imperó fue el mero capricho de estos, al determinar ellos mismos en qué lugar iban a cumplir la sanción impuesta, estando claro que esta fase de ejecución de la pena no la determina el administrado o el sujeto pasivo de la acción penal sino las autoridades judiciales competentes, presupuesto soslayado por el acusado.

Se repite, en este asunto, nunca el Juzgado 2° Especializado de conocimiento ni el Tribunal Superior de Bogotá y, mucho menos, el despacho judicial encargado de vigilar la ejecución de la pena había expedido orden judicial sobre el lugar de reclusión de los demandantes y tampoco existía, previamente, la autorización administrativa y habilitación de este por parte del INPEC, razón por la que jamás hubo control de la supuesta privación de libertad.

Lo anterior por cuanto PCPR y AJMH, en ningún estadio procesal, fueron puestos a disposición de la autoridad judicial -Fiscalía General de la Nación y Jueces de la República-, a pesar de las órdenes de captura y sus diversas reiteraciones.

Por ello, no bastaba la gestión que aduce el Cacique EEEE, en la contestación de la tutela, como cumplida para el funcionamiento del Centro de Reflexión, sino que era obligatorio que el INPEC expidiera la resolución de autorización, con antelación, para tenerlo como parte integrante del sistema SISIPPEC, con la finalidad de que, con ello, efectuara control y seguimiento a la pena impuesta, como señala el artículo 14 del Código Penitenciario.

En consecuencia, tal como se extrae de la decisión de 4 de febrero de 2011 del Tribunal Superior de Bogotá, la Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios de esa entidad, en oficio N°. 016867 de 16 de diciembre de 2010, informó, que ese Centro de Reflexión no hacía parte de la estructura de este -aspecto que le dio a conocer al entonces Cacique del Resguardo-, razón por la que le sugirió a este poner a los indígenas a disposición de las autoridades judiciales.

Con lo anterior se evidencia un desacato doloso a las órdenes de las autoridades judiciales y administrativas, comportamiento inconcebible en un Estado de Derecho, en donde cada una de las entidades del Estado tienen sus competencias específicas contenidas en la Carta Política y en la Ley, aspecto que cohonestó el enjuiciado.

En el caso presente, se evidenció que, primero los indígenas entraron al Resguardo, y luego, este último, creó el Centro de Reflexión para «legalizar» dicha situación; sin embargo, no basta su conformación física sino que debió cumplirse con el requisito administrativo previo -autorización del INPEC-, razón por la cual no hubo relación ni diálogo intercultural pues los condenados y la autoridad indígena asumieron, por su cuenta, la ejecución de la pena, sin ningún tipo de control del juez natural de los mismos como de la autoridad penitenciaria, lo cual vulnera el ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, ante tal grado de arbitrariedad, cómo pretender que se avalara el tiempo de reclusión, en esas condiciones, por parte de las autoridades judiciales cuando nunca hubo colaboración del Resguardo para poner a disposición a los accionantes.

De esa manera, es claro que, en este evento, es totalmente contradictorio esgrimir como fundamento, tal como lo adujo acusado, el precedente CC T-921-2013, el cual creó unas reglas de procedimiento en los eventos en que la justicia ordinaria imponga una sanción, sin dejar al arbitrio del indígena

y su comunidad la fase de cumplimiento de la pena aplicada pues, precisamente, el procesado hizo a un lado el primer requisito que impone la Corte Constitucional, es decir, el de la colaboración armónica. En otras palabras, el mismo Resguardo impidió el diálogo entre ambas jurisdicciones, conducta avalada por el acusado para imponer el capricho.

Por ello, la evidencia indica que el acusado, de manera grosera, dio una interpretación amañada al contexto fáctico por cuanto, en el presente caso, de una parte, no se debatía fuero alguno y, de otra, habilitó el Centro de Reflexión como lugar de reclusión.

[...]

De igual forma, el acusado dio por vulnerado el principio de non bis in ídem, consagrado en el ordenamiento jurídico interno, desarrollado en los códigos sustancial y de procedimiento -artículos 8° del C.P. y 21 de la Ley 906 de 2004-, sin ningún fundamento válido.

Lo anterior por cuanto, en este caso, no se había penado dos veces por el mismo comportamiento a los accionantes, razón por la que no se infringió la garantía de prohibición de la doble o múltiple punición, en atención a que los accionantes jamás fueron puestos a disposición de las autoridades judiciales respectivas y su permanencia en el Centro de Reflexión no fue en cumplimiento de la sentencia proferida en su contra pues jamás jueces de la república autorizaron ese lugar para ejecutar la sanción penal.

De suerte que, para la Corte, la sentencia de 5 de marzo de 2014, proferida por el acusado, efectivamente, comporta una manifiesta contrariedad con la ley, verificándose el correcto juicio de adecuación típica por parte del Tribunal, en el componente objetivo».

CAPÍTULO 5.



**RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE
LAS DECISIONES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA**

5.1 RECONOCIMIENTO JUDICIAL DE LA POTESTAD JURISDICCIONAL INDÍGENA Y ATIPICIDAD DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO

Extracto n. ° 25

Número de radicado	:	23558 ²²
Fecha	:	10/08/2006
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Única instancia

«De la reseña de la denuncia formulada por la señora AIMO, se deduce que los hechos que en su criterio configuran el delito de desplazamiento forzado, se originan en la orden contenida en la Resolución 001, fechada 14 de marzo de 2005, firmada por el Gobernador del Resguardo Nasa de Calderas y su Secretario, del siguiente tenor:

“RESGUARDO NASA DE CALDERAS
MUNICIPIO DE INZA-CAUCA
NIT 817 001 446-1.

“RESOLUCIÓN 001

“Por la cual se dictan medidas para desarraigar del resguardo a dos (2) propietarios de fincas que fomentan el desacato a la jurisdicción especial indígena y se auto-convierten en puntos de partida para confrontar y perturbar el orden público de dos (2) resguardos.

“CONSIDERANDO

- Que el señor JCY, nacido en Avirama Paéz criado en la comunidad de Calderas municipio de Inzá, propietario de la finca El Tachuelo y la señora AIMO propietaria de la finca La Planada, desde la década de los 70 el primero y década del 80 el segundo fueron adoptados y respetados por la comunidad de Calderas.

²² Esta providencia es de carácter reservado, por lo cual solo se publica y divulga su extracto (art. 64 de la Ley 270)

- Que las fincas que poseen los citados señores se encuentran ubicados dentro del histórico resguardo de Calderas, últimamente restablecido por el INCORA mediante resolución N° 004 d 120 de Febrero de 2.002.
- Que el sector culturalmente conocido Mewkh, phaadecafx, zuntx kwet, kapx Tkh, waatuw, ufx kwet tha, khuc kwet tha en la actualidad El tablón Bajo y Alto, lugar donde se ubican las propiedades de los señores CY y MO, ancestralmente son de la comunidad de Calderas y en 1.994 dadas las inconciliables problemas de solución fue acordada a través de un nuevo limite quedando por la cuchilla de Filoló.
- Que los señores CY y MO se negaron y se niegan a respetar los derechos de los vecinos e impulsando la discordia y desobediencia a lo largo de la vida.
- Que los citados señores, con sus propiedades en la actualidad se auto-declaran comuneros de otro resguardo, en obediencia a sus propios caprichos con el ánimo de fomentar el desacato permanente y afán de perturbar a la comunidad de Calderas con ello buscando sembrar problemas territoriales entre los resguardos de Calderas y Avirama. (problemas que insistimos ya están resueltos).
- Que la comunidad y el Cabildo de Calderas por interés general no permitirán ni tolerarán la imposición de intereses personales ajenas a los principios culturales y por ser la autoridad competente para conocer de los asuntos internos de la comunidad Nasa y en lealtad a la jurisdicción especial indígena.

“RESOLVEMOS:

- Declararles personas no gratas y enemigos de los procesos organizativos indígenas.
- Declararles personas fomentadores de conflictos territoriales que inducen a perturbar el orden público de las comunidades indígenas.
- Expulsarlos del territorio de Calderas, a los señores JCY y AIMO.

- Concederlas 30 días para recoger las pertenencias y desocupar los predios.
- Concederles prórroga única y al final según acuerdo de las partes.
- Por derecho propio expropiar las fincas y distribuir a los comuneros mas necesitados del resguardo de Calderas.
- Posterior a la expropiación realizar análisis sobre la conveniencia que nos impone la justicia y el cabildo se obligará a pagar las mejoras en el momento en que la asamblea lo ordene.

“Dado en Calderas a los catorce (14) días del mes de Marzo del año 2005.

“Comuníquese y cúmplase”

Para la Sala, tal situación no configura el delito denunciado, pues como queda evidenciado, el desarraigo de la denunciante de su comunidad indígena, no se dio como consecuencia de violencia o coacción arbitraria ejercida sobre una población específica con el fin de someter su voluntad para obligarla o compelerla a dejar sus tierras, sino que se fundamentó en la potestad de autorregulación que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas de la Nación.

Es indudable que el ordenamiento constitucional reconoce y garantiza la diversidad étnica y cultural de la Nación y, en desarrollo de ello protege sus tradiciones lingüísticas, su identidad cultural, social y económica, las cuales constituyen verdaderos mandatos que deben ser observados por las autoridades y los particulares.

Es así como en el artículo 1º de la Carta Política, el constituyente definió que Colombia es un *“Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*.

La pluralidad que allí se reconoce encuentra concreción, entre otras normas de la misma Carta, en el artículo 7º, en cuanto determina que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”*; en el 286, al señalar que son entidades territoriales *“los departamentos, los*

distritos, los municipios y los territorios indígenas...”; en el 329 en cuanto estipula la conformación de las entidades territoriales indígenas con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial, cuya delimitación se hará por el gobierno nacional con participación de los representantes de las comunidades indígenas, al tiempo que reconoce que *“los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”*; en el artículo 330 en cuanto reglamenta la organización de los territorios indígenas, señalando que de conformidad con la Constitución y las leyes, los mismos estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y establece sus funciones; y, finalmente, en el artículo 246 en cuanto reconoce la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

Tal plexo normativo demuestra a las claras que las comunidades indígenas, como lo tiene dicho la doctrina constitucional, son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno, que gozan de autonomía política y jurídica que debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que asegure la unidad nacional.

Su jurisdicción se ha consagrado en concordancia con el pluralismo y la diversidad socio-cultural que proclama la Carta Política, estableciendo a los cabildos indígenas como entidades públicas especiales encargadas de representar legalmente a sus grupos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 2001 de 1988 y en el artículo 246 de la Constitución Política.

Ahora bien, no puede obviar la Sala que existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, pues, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994, *“el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal”*.

Advertida esa tensión, en la sentencia T-439 de 1996, la Corte Constitucional estableció algunos criterios para la solución de los conflictos

que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

En ese propósito, consideró que, como *“sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”*, es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la Nación, atienda a la regla de *“la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”*, criterio que conllevó a establecer que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

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

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

Siguiendo esos lineamientos, en la sentencia T-523 de 1997, determinó que los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, *“a un consenso intercultural sobre lo que ‘verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre’, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son ‘necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional’”.*

En esa interpretación, advirtió la Corte Constitucional, no puede dejarse de lado las características específicas de la cultura involucrada, pues existen

diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, las cuales determinan distintas soluciones de sus asuntos.

Frente a la comunidad Páez, a la cual pertenece la denunciante AIMO, resulta pertinente traer a colación el estudio antropológico contenido en la aludida sentencia T-523 de 1997, del siguiente tenor:

“La tradición de la comunidad páez.

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

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

[...]

“Los castigos más usuales entre los paeces son: el fuate, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio (..). El primero, que consiste en la flagelación corporal con un “perrero de arriar ganado”, aun tratándose de una

práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte (expulsión del territorio), es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

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

Como puede observarse la sanción de expulsión del territorio impuesta a la denunciante es una práctica usual en la comunidad páez, cuya ejecución no puede calificarse como delictiva, porque ello desconocería el principio de diversidad étnica y cultural, y ante una diferente cosmovisión, no resulta admisible utilizar el derecho penal como fórmula para exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.

Para abundar en razones, en relación con la pena de expulsión del territorio que consagran algunas comunidades indígenas, existen varios antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional²³, en los que se acepta la práctica de esta medida, estableciendo que la misma no puede asimilarse con el destierro, prohibido en el artículo 38 de la Carta Política, pues de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (artículo 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5º), el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional, mientras que la pena de expulsión del territorio a que alude la tradición indígena, conlleva el destierro del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de esa restricción.

De otro lado, de manera específica, en la sentencia T-523 de 1997, la misma Corporación señaló que *“el hecho que la comunidad*

²³ Ver, entre otros, sentencia T-254 de 1994.

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

Ahora bien, la denunciante alegó que la medida ordenada es ilegal porque ella no incurrió en las faltas que se le atribuyen. Pero la Sala no tiene competencia para revisar la legalidad o no de ese acto, pues para ello cuenta con otros mecanismos de defensa judicial como la acción de tutela, donde puede discutir las eventuales violaciones al debido proceso en que hubieren incurrido las autoridades indígenas al imponerle la sanción que cuestiona».

NORMATIVA APLICADA:

Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, art. 12
Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5
Constitución política de Colombia de 1991, art. 1, 7, 38, 246, 286, 329
Decreto 2001 de 1988, art. 20

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC: T-254 del 30 de mayo de 1994; T-439 de 1996; T-523 de 1997

5.2 RECONOCIMIENTO DEL ACTO JURISDICCIONAL INDÍGENA EN CONTEXTOS DE PROTESTA COLECTIVA

Extracto n. ° 26

Número de radicado	:	47119
Número de providencia	:	SP9243-2017
Fecha	:	28/06/2017
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Para la Corte, contrario a la visión del Tribunal, no se puede desligar la aprehensión de la víctima del contexto fáctico en que se dio, es decir, no puede verse aisladamente, porque lo demostrado es que para el momento de los hechos varias comunidades adelantaban una Minga indígena, pero que había recibido cuestionamiento oficial del Presidente de la República de ese entonces al tildarla de estar “infiltrada” por la guerrilla, lo cual obviamente deslegitimaría el carácter teleológico de tal congregación que buscaba llegar a consensos con el Gobierno.

En estas condiciones, se advierte que el Ad quem incurrió en falsos juicios de identidad al mutilar o afectar la eficacia demostrativa de las pruebas que daban cuenta de la realización de la Minga y del juzgamiento de CS por invadir el territorio indígena, portar elementos belicosos y no dar oportuna justificación de su presencia allí.

El propio JDCS en la audiencia de juicio oral señaló que al encontrarse con la manifestación de los indígenas, decidió irse con otras personas y en un momento “me metí por un lugar lado izquierdo de la vía”, siendo retenido inicialmente por cuatro indígenas porque llevaba un uniforme de camuflado del Ejército y “supuestamente por estar infiltrado en la manifestación indígena”, luego estuvo en una “jaula de hierro”, al tercer día lo llevaron a una cancha de fútbol, allí había ocho mil o diez mil indígenas, acto que lideró FVM con un megáfono quien inicialmente conminó a los que entraban para que no humillaran al retenido diciéndoles que bajo las leyes de la comunidad indígena iba a ser castigado bajo sus costumbres ancestrales. Agregó el militar que inicialmente lo bañaron con un “agua de remedio” según decían ellos, luego le pegaron con unas ramas en las manos, y finalmente, le propinaron nueve latigazos en los pies, dejándole serias lesiones.

Los periodistas ALMB y GAMR, al declarar en juicio relataron aspectos de la realización de la Minga, así mismo, el defensor del Pueblo Regional de la época VJM, en la misma diligencia señaló que supo que el retenido se había anunciado como integrante del Resguardo [...], y que rehusó la intermediación de la defensoría para su liberación, aspectos estos que fueron desdeñados por el Tribunal.

También cercenó apartes importantes de la declaración de ADSR, Delegada por la comunidad indígena para velar por la seguridad y los derechos de los participantes en la aludida manifestación, quien explicó que estaban en alerta ante el señalamiento que les había hecho el Presidente [...] consistente en que la protesta estaba “infiltrada” por guerrilleros, por eso retuvieron a una persona por sospechosa, ya que inicialmente se anunció como integrante del Resguardo [...], luego dijo que iba a comprar droga para la familia, posteriormente, que era miembro del Ejército y que estaba de permiso, quien efectivamente portaba un uniforme de “camuflado” y un radio. Agregó que dudaron cuando se anunció como cabo tercero, porque tenían entendido que ese rango sólo llegaba al segundo grado, sin embargo, se le permitió llamar al comandante del batallón y también hablar con su familia y se dio aviso a la Defensoría del Pueblo.

Explicó que una comisión designada al interior de la comunidad rindió un informe a la Asamblea de Autoridades Indígenas, cuerpo que decidió que el intruso debía ser “remediado”, por haber afectado el territorio ancestral, pero antes se le dio la oportunidad de hablar y presentar excusas, pero como no lo hizo se le aplicó el remedio, lo cual es diferente a una sanción, como una forma de armonizarlo para que la conducta no se repitiera.

Las pruebas que daban cuenta de la Minga denotaban la legitimidad de la jurisdicción indígena para investigar un comportamiento que consideraron atentatorio de su tranquilidad territorial y lesivo de la forma como estaban realizando su protesta, pues la actitud del cabo CS al tomar un rumbo distinto al de las demás personas e ingresar al Resguardo, además de las evasivas que dio al momento de su aprehensión y los elementos que en ese momento portaba, ameritaron que en un acto de jurisdicción la comunidad [...] decidiera clarificar la permanencia del extraño en sus terrenos.

Nótese que la víctima en el contrainterrogatorio aceptó que llevaba una libreta de apuntes con anotaciones o convenciones relacionadas con

armamento, y que inicialmente no les dijo a los guardias el rango militar que tenía, además, que fue informado por las autoridades indígenas que podía evitar el castigo si indicaba arrepentimiento hacia la comunidad.

El Tribunal aprehendió las manifestaciones que en la audiencia de juicio oral hizo el investigador JHGV, estudioso de varias culturas aborígenes, entre ellas la [...] asentada en el Cauca, pero no les otorgó valor suasorio para determinar que la retención del militar obedeció a un acto jurisdiccional del pueblo indígena.

Ciertamente el aludido investigador, además de explicar su experiencia como perito antropólogo, docente de la Universidad del Cauca y formador de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla en temas relacionados jurisdicciones interculturales, señaló que la vereda [...] es denominada “territorio de Paz” como parte del Resguardo oficialmente reconocido. Agregó, que cuando los indígenas se congregan para un evento todas las personas deben respetar el orden y la Guardia es la encargada de la seguridad, constituyendo una ofensa el poner en riesgo tal congregación cuando alguien invade sus territorios.

El deponente también aclaró la forma como ese pueblo resuelve sus conflictos: si bien el derecho no está codificado y permanece en la memoria colectiva producto de la tradición oral, hay unos procedimientos establecidos; el Cabildo asume en primer lugar o primera instancia el caso y luego si considera que la conducta reviste alguna gravedad le informa a la Asamblea como máxima autoridad.

Destacó que la justicia es preventiva, está basada en una educación pública, en la Asamblea todos los integrantes pueden intervenir, porque es un juicio público, se crean argumentos favorables o desfavorables y se decide colectivamente, sin que la decisión tenga carácter sancionatorio, pues solo es un elemento educativo para toda la comunidad a fin que la conducta no vuelva a repetirse.

En este sentido, atendiendo los criterios hermenéuticos que se deben tener en cuenta al ponderar la tensión entre el derecho de la diversidad étnica y cultural y por ende la autonomía jurisdiccional indígena, frente a otros derechos fundamentales resalta el acto jurisdiccional de las autoridades indígenas, es decir, la forma como formalmente se manifestaron para resolver un asunto que consideraron lesivo de sus intereses».

[...]

El error del Tribunal radicó en fraccionar los hechos y detallar única y exclusivamente la presencia de FVM en la Asamblea Indígena para predicar que conoció de la retención del militar y propició la prolongación de tal privación de libertad, por eso, concluyó que al ser el secuestro un delito de ejecución permanente, la retención de la víctima en contra de su voluntad aun durante el tiempo en que se desarrolló la asamblea, lo hacía responsable.

De forma que no se comparte que el juzgador de segundo grado haya tenido en cuenta las manifestaciones de ADSR relacionadas con que las Autoridades Indígenas estuvieron a cargo el juzgamiento del CS pero para ordenar la expedición de copias a fin de que la fiscalía las investigara por el presunto delito de secuestro, lo que se traduciría en vincular a todos los integrantes de la Asamblea Indígena, pues como se sabe las decisiones al interior del pueblo [...] se toman colectivamente.

En el mismo sentido, se advierte la inconsistencia del Ad quem, cuando al determinar que medió un secuestro no ordenó la compulsión de copias para investigar al guardia indígena AAA, quien declaró en juicio oral y admitió que fue uno de los que retuvieron inicialmente a CS.

Contrariamente, de manera acertada el a quo evidenció la autonomía de las autoridades indígenas de juzgar la conducta de CS, cuando determinó que no se podía declarar su responsabilidad penal “por ejercer su competencia en un hecho que consideran atentado contra la Minga de resistencia que en ese momento se llevaba a cabo”.

El acto jurisdiccional que desarrolló la comunidad indígena tiene respaldo constitucional, legal y jurisprudencial como pasa a explicarse:

En efecto, no se puede desconocer que a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991, en fiel reflejo de las manifestaciones de los diferentes partidos políticos, agrupaciones y minorías, incluida la representación indígena, que integraron la Asamblea Nacional Constituyente, fue reconocida tanto la diversidad étnica como cultural, en los artículos 1° y 7°, de cara a mantener la armonía social, propender por la convivencia pacífica o de baja conflictividad y fortalecer la democracia.

Por su parte, el Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., en 1989 en Ginebra y aprobado por la Ley 21 de 1991, insta a los gobiernos a asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de aquellos pueblos, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger sus derechos y a garantizar el respeto de su integridad.

También se impone la obligación de reconocer así como proteger los valores, prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales de las comunidades indígenas, y se señala que al aplicar la legislación nacional se tome en consideración el derecho consuetudinario que observan, siempre que no sea incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Ahora, como la atribución de funciones judiciales emana del propio texto constitucional, el artículo 246 dentro de las jurisdicciones especiales extendió tal facultad a la indígena, circunscrito a su ámbito territorial, de conformidad con sus propias formas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

En desarrollo de esa potestad, el artículo 12 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (modificado por el art. 5, Ley 1285 de 2009), ratificó que la función jurisdiccional la ejerce también la jurisdicción especial indígena».

[...]

[...] si bien el texto constitucional exhorta a la expedición de una ley que armonice las dos jurisdicciones, ha sido la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia las que por vía jurisprudencial han delimitado y definido la jurisdicción indígena a fin de determinar cuándo una comunidad estaría facultada para ejercer esa facultad.

En la sentencia C-136 de 9 de abril de 1996, la Corte Constitucional excluyó del ordenamiento, entre otros, el artículo 1° de la Ley 89 de 1890 “Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada”. —al estimar que no se acompasaba con el reconocimiento de la diversidad étnica reconocida en el texto constitucional, el calificar como “salvajes”, a los indígenas y el tenerlos como

menguados o incapaces relativos—, así como en las decisiones T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002, T-811 de 2004 y T-364 de 2011, entre otras, ha señalado los siguientes factores:

1. Factor humano, ya que debe existir un grupo diferenciable por su origen étnico y por su identidad cultural.
 2. Factor orgánico, que implica la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.
 3. Factor normativo, al interior de la comunidad medie un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.
 4. Factor geográfico, relacionado con el ámbito territorial de la comunidad.
 5. Factor de congruencia, es decir, que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no sea contrario a la Constitución ni a la ley».
- [...]

[...] en la sentencia C-463/14, al analizar otros artículos de la citada Ley 89 de 1890, esa Corporación destacó los siguientes apotegmas:

1. Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o de minimización de las restricciones a su autonomía, el cual implica que la restricción a la autonomía indígena solo sea admisible cuando: i) sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; ii) sea menos gravosa frente a cualquier medida alternativa; y iii) se analicen las particularidades de cada comunidad.

Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, ya que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes.

Principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía, según el cual, se han de privilegiar los grupos que conservan sus usos y costumbres frente a los que no los conservan, pues para estos se aplicarían las leyes de la República.

En la citada sentencia se destacaron también diferencias entre la jurisdicción indígena y el fuero, ya que la primera corresponde a un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental, para el cual deben considerarse los anteriores criterios que demarcan la competencia de las autoridades tradicionales, en tanto que el segundo es un derecho subjetivo destinado a: i) “proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y ii) “una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional”.

Y se precisó que el fuero indígena no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción especial, porque también se debe sopesar lo relacionado con las autoridades autóctonas, el sistema de derecho propio, así como los procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad».

[...]

«[...] en CSJ SP, 5 dic. 2016, rad. 48136 y SP 28 oct. 2015 rad. 44890 se ha enfatizado en el reconocimiento constitucional orientado a proteger la identidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, reafirmando el poder de configuración normativa por parte de esa población, lo cual conlleva el desplazamiento de la legislación nacional, en sus componentes orgánico, normativo y procedimental.

Se recalcó así que al admitir esa diversidad como fundamento para atribuir jurisdicción a las comunidades étnicas para que, dentro de sus territorios, sean las autoridades tradicionales quienes investiguen y juzguen a los miembros de su comunidad en razón a la pertenencia de la misma, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es reconocer y preservar sus costumbres, valores e instituciones, siempre y cuando no sean contrarias al ordenamiento jurídico Nacional.

También en CSJ SP, 12 mar 2014, rad. 42287, y SP, 11 nov. 2015, rad. 46556, se destacó que tratándose de hechos graves que atenten contra bienes jurídicos de interés para la cultura mayoritaria, como para determinada comunidad indígena, el elemento institucional, satisfechos los demás factores, adquiere preeminencia para definir el conflicto de jurisdicciones, sin que resulte determinante el hecho de que la justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador.

Y se precisó que en tales casos resulta vano argumentar que el sistema sancionatorio de los indígenas comporte un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, porque tal calificación además de peyorativa desdeña la autonomía de los pueblos indígenas».

[...]

«[...] partiendo del respeto que debe tenerse por la forma o métodos a los que cuales las comunidades indígenas recurren tradicionalmente para la resolución de sus asuntos, se advierte que con fuerza ejecutiva y declarativa las autoridades nativas declararon su voluntad que CS había lesionado sus territorios sagrados, lo cual ameritaba su juzgamiento a manera de “armonizarlo”.

El Tribunal sin profundizar en el tema estimó que al no tener la calidad de indígena CS no podía ser juzgado por la jurisdicción indígena, por eso, no se detuvo en el acto mismo de su aprehensión cuando vestido de civil y portando en un maletín un uniforme (camuflado), un radio de comunicaciones y una carpa y varias anotaciones, ingresó al Resguardo en la vereda [...] del Municipio de [...], con evasivas y sin ofrecer una oportuna justificación de tal permanencia.

Aunque CS no ostenta la calidad de indígena, se ha de sopesar que el bien jurídico protegido adquiriría relevancia para la jurisdicción especial indígena.

Efectivamente, tal y como lo ha señalado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena deben analizarse ponderada y razonablemente según las particularidades del caso, sin que se considere que si falta uno de ellos de manera automática el asunto ha de corresponder al sistema jurídico nacional, porque se debe evaluar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas, estos dos últimos, bajo la perspectiva de la diversidad cultural.

Aquí no se puede desdeñar que el cabo del Ejército inicialmente ante la guardia del pueblo [...] se anunció como perteneciente al Resguardo [...], incluso, el Gobernador del Resguardo Indígena Munchique Los Tigres de Santander de Quilichao-Cauca, PAT, cuando reclamó el conocimiento del asunto seguido contra VM argumentó que el aprehendido había aprovechado sus rasgos físicos para integrarse a la fila de personas que ingresaban al Resguardo.

Además, como para la comunidad indígena fue una ofensa que un civil ingresara con elementos militares a su territorio de paz, alertados como estaban porque el Presidente de la República había dicho que la Minga estaba infiltrada por guerrilleros, ese pueblo no se podía inhibir del conocimiento de la conducta del intruso.

En atención al principio de maximización de la autonomía de la cultura indígena la Sala destaca la forma cómo la comunidad [...] está organizada para investigar los hechos anómalos y cómo reconstruye la memoria de lo acontecido, los procedimientos o rituales de resarcimiento o armonización, aspectos que dilucidó el antropólogo e investigador José Herinaldy Gómez Valencia.

Tanto al momento de su retención, como en su juzgamiento, se le ofreció a la víctima la oportunidad de dar explicaciones y de ofrecer excusas por la intromisión en el territorio considerado sagrado, sin embargo, en uno y otro caso las rehusó, pero las normas producto de la tradición oral permiten avizorar que no se desconoció el principio de legalidad y que se le brindó al retenido la facultad de ofrecer argumentos para lograr el acercamiento de la verdad de lo acontecido.

La autorización que en los términos del artículo 246 de la Constitución Política y de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia le otorga, entre otros al pueblo [...], para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial denotan el acierto del juez de primer grado cuando estimó que el comportamiento del militar atentó contra las comunidades indígenas ante el momento de tensión que se vivía, pues se trataba de una Minga de resistencia, precedida de comentarios de estar involucrados sus integrantes con grupos al margen de la ley, pues no solo se trató del ingreso al territorio, sino que no se identificó oportunamente y portaba elementos de guerra, en un hecho que atentaba contra la armonía de esa comunidad.

El carácter pluralista de la Constitución Política implica reconocer también un pluralismo jurídico para dar cabida al derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, de ahí que la limitación de la libertad de locomoción que afectó a JDCS obedeció al cumplimiento de la función por parte de los órganos establecidos por la comunidad [...] para resolver un asunto que estimaron ofensivo, en una clara manifestación de decisión y control de su autonomía y ejercicio de justicia.

De otra parte, resulta nimia la queja del apoderado de la víctima en relación con las torturas que ella padeció, porque como lo ha resaltado la Corte Constitucional en la sentencia T-523/97 cuando analizó los fuetazos establecidos por las comunidades como remedio y señaló que ese castigo “aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía. En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al ‘escarmiento’ público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad”.

Conforme con las razones expuestas en precedencia, encuentra la Sala que ante la evidente atipicidad del comportamiento desplegado por el líder indígena FVM se ha de casar el fallo condenatorio de segundo grado proferido por el Tribunal Superior de Popayán que lo declaró penalmente responsable del delito de secuestro simple, para en su lugar confirmar la sentencia absolutoria dictada en primera instancia por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado con Funciones de Conocimiento del mismo Distrito Judicial».

5.3 IMPROCEDENCIA DEL HÁBEAS CORPUS FRENTE A PRIVACIONES DE LA LIBERTAD DISPUESTAS POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 27

Número de radicado	:	32233
Fecha	:	16/07/2009
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Habeas corpus

«Es indudable que el ordenamiento constitucional reconoce y garantiza la diversidad étnica y cultural de la Nación y, en desarrollo de ello protege sus tradiciones lingüísticas, su identidad cultural, social y económica, las cuales constituyen verdaderos mandatos que deben ser observados por las autoridades y los particulares.

Es así como en el artículo 1° de la Carta Política, el constituyente definió que Colombia es un *“Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”*.

La pluralidad que allí se reconoce encuentra concreción, entre otras normas de la misma Carta, en el artículo 7°, en cuanto determina que *“el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”*; en el 286, al señalar que son entidades territoriales *“los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas...”*; en el 329, cuando establece la conformación de las entidades territoriales indígenas con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial, cuya delimitación se hará por el gobierno nacional con participación de los representantes de las comunidades indígenas, al tiempo que reconoce que *“los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”*; en el artículo 330 en cuanto reglamenta la organización de los territorios indígenas, señalando que de conformidad con la Constitución y las leyes, los mismos estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y establece sus funciones; y, finalmente, en el artículo 246 en cuanto reconoce la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

Tal plexo normativo demuestra a las claras que las comunidades indígenas, como lo tiene dicho la doctrina constitucional, son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno, que gozan de autonomía política y jurídica que debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que asegure la unidad nacional.

Su jurisdicción se ha consagrado en concordancia con el pluralismo y la diversidad socio-cultural que proclama la Carta Política, estableciendo a los cabildos indígenas como entidades públicas especiales encargadas de representar legalmente a sus grupos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 2001 de 1988 y en el artículo 246 de la Constitución Política.

Ahora bien, no puede obviar la Sala que existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, pues, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994, *“el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal”*.

Advertida esa tensión, en la sentencia T-439 de 1996, la Corte Constitucional estableció algunos criterios para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros de igual jerarquía, y señaló los límites que deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

En ese propósito, consideró que, como *“sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”*, es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la Nación, atienda a la regla de *“la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”*, criterio que conllevó a establecer que, en un caso concreto, sólo podrán ser

admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

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

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

Siguiendo esos lineamientos, en la sentencia T-523 de 1997, determinó que los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, *“a un consenso intercultural sobre lo que ‘verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre’, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son ‘necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional’”.*

Hecha la precisión conceptual de las instituciones en juego, la solución del caso concreto aparece elemental, desde luego, dentro de la misma línea adoptada por el Magistrado del Tribunal a quien correspondió conocer del asunto en primera instancia, pues, no se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de la autoridad indígena para regular aspectos tales como el de las infracciones o violaciones penales que afectan a la comunidad, la autoridad competente para sancionarlas, el trámite que debe seguirse en ese cometido y, finalmente, el tipo de pena subsecuente.

Y, si ya se hizo claro que la naturaleza subsidiaria de la acción de hábeas corpus impide invadir órbitas de competencia ajena dentro de la jurisdicción ordinaria, la exigencia se hace mayor cuando lo que se halla en juego es un bien constitucional que goza de profundo acento protectorio en los ámbitos interno y externo, cual es el de la autonomía de las comunidades indígenas, ya que el inmiscuirse en ellas, como arriba se vio, representa la posibilidad

no solo de afectar su propia cosmovisión, sino de poner en peligro el bien máximo de la supervivencia cultural.

Bajo estas aristas insoslayables, evidente surge que cualquier controversia en torno del trámite seguido, la naturaleza de las pruebas recogidas o la justicia de la sanción, debe abordarse dentro de su propio escenario y no a través de la especialísima acción constitucional encaminada a proteger una libertad que, como se vio, ha sido legítimamente restringida.

Se comparte, así mismo, la decisión de primera grado en la cual se intimó a las autoridades indígenas posibilitar, si no lo han hecho, la comunicación del sancionado con sus familiares y representante legal, así como la efectiva atención médica que pueda requerir, en tanto, no existe claridad sobre el tópico y constituyen, ellos, mínimos estándares de protección de derechos humanos que no pueden ser soslayados ni siquiera dentro de la autonomía propia de las autoridades indígenas y todos los demás aspectos que tienen que ver con los derechos fundamentales y, en especial, aquellos que tocan con la dignidad humana».

NORMATIVA APLICABLE:

Constitución Política, arts. 1, 7, 246, 286, 329 y 330
Decreto 2001 de 1998, art. 20

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-254 de 1996 y CC T-523 de 1997

CAPÍTULO 6.



**PROCESO PENAL Y EJECUCIÓN DE LA PENA:
ASPECTOS A CONSIDERAR CUANDO EL
PROCESADO O CONDENADO ES INDÍGENA**

6.1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL A LA PERSONA INDÍGENA

Extracto n. ° 28

Gaceta	:	CSJ SP, 04 abr. 1941, GJ LI, n.° R-006939, pág. 309 a 313
Fecha	:	04/04/1941
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«La infirmación del fallo por la circunstancia de ser el reo un indígena no civilizado; las alegaciones de las partes, y los dictámenes médicos producidos después de la casación, suscitan serios interrogantes:

¿Según aquellos dictámenes deberá considerarse al indígena JDG como no civilizado?

En caso afirmativo, ¿habrá de quedar fuera del derecho común del país, y esto aun tratándose de un reo de homicidio que el Tribunal de instancia consideró sancionable con la pena de nueve años de presidio?

¿Nada tendrá que hacer respecto de él la justicia ordinaria, sino absolverlo?

Y por último, la nueva legislación penal, que hace responsable a “todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal” (artículo 11 del Código 1936) y que establece las medidas de seguridad para los psíquicamente anormales ¿no habrá venido a modificar tácitamente o al menos a complementar las leyes de 1890 y 1892 que sustrajeron de la legislación a “los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada?”

La Corte, para dictar el fallo de instancia que reemplace al infirmado, en el presente negocio, procede a resolver el problema a la luz de los dictámenes médicos emitidos en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de casación.

Como ya se dijo, lo estudios llevados a cabo después de la casación no colocan a G en ninguno de los casos de irresponsabilidad contemplados por el artículo 29 del Código Penal de 1890.

A este sindicado se le juzgó con la plenitud de las formas propias del juicio por jurados y ellos lo consideraron y declararon responsable.

En tales condiciones no sería razonable sostener que, a pesar de todo, esté fuera de la órbita de la ley penal; y tanto la justicia como los intereses de la defensa social exigen que el caso se decida de acuerdo con los principios normativos de aquella ley.

Estima la Sala que está en lo cierto el señor abogado de G cuando sostiene que en el caso de no considerar irresponsable a este indígena, debe aplicársele el Código de 1936, como más benigno que el de 1890.

Y puesto que los dictámenes periciales no permiten reputar al procesado como una de aquellas personas que el viejo Código declaraba excusables y no sujetas a pena, se impone la necesidad de comparar los dos códigos para saber cuál es el más favorable al reo.

Ahora bien: si según el de 1890 debía condenársele a una pena aflictiva que los juzgadores fijaron en nueve años de presidio; y si con el nuevo código pueden aplicársele las medidas de seguridad que su abogado propone, las cuales no son aflictivas, son más provechosas para G y aún pueden resultar de más corta duración que la pena de 1936 es más favorable al reo.

Como indígena puro que es y no civilizado no debe tratársele como todo el peso del rigor legal, máximo con el de un código como el de 1890 conforme al cual ha medirse la sanción de acuerdo con el grado de responsabilidad moral del agente.

Según lo sugirió el propio defensor o apoderado del reo al sustentar el recurso de casación, si alguna vez resulta indicada la aplicación de medidas de seguridad en vez de pena aflictiva es en casos como este, no sólo en concepto de ser la solución más benigna o favorable al reo, sino por cuanto se trata de un procesado a quienes los jueces de instancia, los jurados y los médico-legistas no consideran irresponsable y a quien debe reputarse peligroso y sujeto que requiere, por definición, que se le apliquen aquellas medidas, como las más adecuadas para adaptarlo a la vida social.

Asimilable este reo a un retrasado o a un deficiente mental, lo que permite evitarle la rigurosa sanción de nueve años de presidio que impuso el

Tribunal sentenciador queda por examinar qué clase de medida de seguridad puede aplicársele.

El retrasado mental podría considerarse, desde el punto de vista pedagógico, en situación más análoga a la del menor de edad que a la del afectado por anomalía psíquica.

Pero esta clasificación, no exenta de empirismo, ofrecería, por otra parte, graves inconvenientes en cuanto a la clase o especie de medida de seguridad aplicable, pues sería insólito enviar a un reformatorio de niños o de adolescentes a un reo como el indígena G.

Por consiguiente, entre las medidas de seguridad de que trata el artículo 61 del nuevo código, la indicada para este caso es la reclusión en una colonia agrícola especial.

Respecto de esta clase de medidas de seguridad no puede fijarse de antemano el máximo de su duración, pues de acuerdo con lo que dispone el artículo 64 del código, “la reclusión en los establecimientos de que tratan los artículos anteriores, subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad; pero en ningún caso podrá ser menos de dos años en el manicomio criminal, ni de un año en la colonia agrícola especial”.

Sólo es dable, pues, determinar el mínimo imponible que, para el caso concreto de G, en manera alguno podría coincidir con el mínimo de un año, consentido por la ley, si se tienen en cuenta la gravedad del hecho delictuoso y las circunstancias que lo acompañaron».

NORMATIVA APLICADA:

Ley 153 de 1887, arts. 44, 45, 46 y 47.

Ley 100 de 1980, arts. 29 y 61

Extracto n. ° 29

Gaceta	:	CSJ SP, 23 jul. 1948, GJ LXIV°, n.° R-006954, pág. 863 a 866
Fecha	:	23/07/1948

Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Lo relativo a la calidad de indígena no civilizado –dice la procuraduría– que tenga CMN, no fue problema debatido por la defensa en ninguna de las instancias del juicio, por lo cual ese tema resulta hoy extraño en casación, mayormente cuando el demandante no ha demostrado en forma alguna, como era su deber, fue el acusado Mesa se halla cabalmente dentro de las excepciones especialísimas que consagran las leyes 89 de 180 y y 72 de 1892.

“Y no habiéndose hecho tal demostración, al procesado le son aplicables los artículos 4° y 11 del Código Penal, según los cuales “la ley colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo, las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional” y todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este código.”

“La demostración de que un indígena se halla en estado salvaje o semi-salvaje y que, por lo mismo, no está sujeto a la legislación general de la Republica, solo puede obtenerse mediante un examen médico legal, en que se constate claramente, por los expertos, que el indio es un ser cuyos planos instintivo, afectivo e intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, osea de que no dispone de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en sus actos, moral y social.

“Y en el presente caso, ese dictamen científico no se ha allegado al proceso, ni la Procuraduría puede solicitarlo ahora, como fuera su deseo porque el nuevo Código de Procedimiento Penal no autoriza el auto para mejor proveer.

“Por otra parte, de las distintas indagatorias tendidas por el acusado, se desprende que él sí tiene conocimiento del idioma castellano, que se expresa con bastante propiedad y que posee nociones éticas relativas al bien y al mal”

El hecho de que el procesado, en su declaración indagatoria, hubiera hecho la manifestación de que no habla ni entiende el idioma castellano, ni la circunstancia de que el Juez ante la negativa del sindicado para declararla, se hubiera visto precisado a nombrarle un intérprete, no es la prueba que

la ley exige para que se tenga como demostrada la calidad de indígena no civilizado.

Este acto voluntario y consciente de la persona a quien se llama a declarar, puede constituir un recurso defensivo pero no demostrativo de la calidad de indígena no civilizado, y tan evidente es esto, que con posterioridad a esta manifestación intervino en otras diligencias importantes del proceso sin que para ello hubiera sido necesario acudir al nombramiento de intérprete.

Así en el acto de la audiencia pública el Juez en presencia de los miembros del jurado, del fiscal y defensor del procesado, interrogó a éste sobre, las diversas actividades desarrolladas en el día en que se sucedieron los hechos, y sus respuestas no ofrecen dudas ni ambigüedades en relación con lo que en ellas quería expresar; aún más, al responder a la pregunta de si "¿habla castellano y lo entiende?" dice "hablo y entiendo un poco", con lo cual se demuestra que el procesado no es un sujeto a quien -por excepción- debe aplicarse en su juzgamiento las normas de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892».

NORMATIVA APLICADA:

Ley 89 de 1890

Ley 72 de 1892

Ley 95 de 1936, art. 4º y 11

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 22 sep. 1950, GJ LXVIIIº, n.º 2087 a 2095, pág. 234 a 239

Gaceta ²⁴	:	CSJ SP, 14 may. 1970, GJ CXXXIV, n. ° 2326 – 2328, pág. 304 a 316
Fecha	:	14/05/1970
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Dos aspectos de la cuestión quedan perfectamente claros: 1° los salvajes no son retrasados mentales, por el solo hecho de su “estado”. 2ª Si lo fueran, no les serían aplicables las disposiciones de la legislación ordinaria de la república, de la que fueron excluidos, por el art. 1° de la Ley 89 de 1890, consagratorio de un régimen exceptivo, especialísimo, -acorde con su categoría- cuyos preceptos organizan una proposición jurídica completa.

Queda por dilucidar si, en ausencia de normas precisas, el régimen señalado por el recurrente, los ordenamientos y procedimientos de la Ley 83 de 1946 y complementarias, rectoran los hechos de los salvajes y semisalvajes que delinquen ya que el principio esbozado por el art. 1° de la Ley 89 de 1890, no tuvo desarrollados posteriores, y, si los tuvo, no son aplicables por las razones explicitadas en los comentarios al art. 2° de la Ley 72 de 1892.

La verdad sobre el particular es que los salvajes no siempre son menores de edad, y no es posible asumirlos como tales, por interpretación extensiva, puesto que también la Ley 83 de 1946 y las normas que la complementan, forman parte de la legislación ordinaria de la República, de la que fueron excluidos perentoriamente.

Los arts. 8° y 10° de la Convención Internacional del Trabajo, ratificados por el Congreso de la República (Ley 31 de 1967), obligan a legislar sobre la materia. Pero no fueron traducidos a normas legales.

El art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, establece: “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la Ley. A este respecto la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por

²⁴ En el sistema de consulta jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se puede consultar la ficha de este extracto a través del número identificador 404842.

motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional y social, posición económica o cualquier otra condición social”.

Consagra este precepto un mínimo de garantías con apoyo en el principio de la igualdad jurídica, mas no se opone contradictoriamente a la existencia de un régimen de carácter favorable y específico, no discriminatorio. No podía oponerse puesto que la Ley 89 de 1890 forma parte de la legislación de la República, sólo que es de condición excepcional. No se desvirtúa con su aplicación el principio de la territorialidad de la Ley. Se aplica, en sus términos precisos, como principio exceptivo, sin que pueda pretenderse que por imperio del citado art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles, fueron abolidos los regímenes especiales establecidos por el legislador colombiano, como el de menores, regulado por la Ley 83 de 1946 y normas complementarias, para señalar un solo caso.

Finalmente, la Sala comparte el criterio de quienes sostiene que “la justicia es un “servicio público” de cargo de la nación” (art. 58 de la Carta), a partir del cual no puede existir en Colombia ningún régimen de juzgamiento fuera del que corresponde a las autoridades de la república. Por consiguiente, fueron abolidas las jurisdicciones particulares: la de los Misioneros a que se contrae el artículo 2º de la Ley 72 de 1892.

CM fue definido por los forenses como “semisalvaje analfabeto”, con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas”. Siendo ello así, el concepto de los médicos legislas indica, con precisión incuestionable, que fue catalogado en la segunda de las tres categorías de indígenas reconocidas por nuestra legislación –semisalvaje- cuyos actos quedaron excluidos de la legislación ordinaria de la República. No obstante, el Juez de conocimiento, primero, y luego el Tribunal Superior de Villavicencio, sometieron su conducta a las normas y procedimiento contemplados por el art. 29 del C.P., a las medidas de seguridad de que trata el Libro 1º Título 2º, Capítulo 2º, del mismo Estatuto y lo condenaron a 48 meses de reclusión en colonias agrícolas, con el criterio de la pericia médica –folios 90 del cuaderno principal – señala a M como débil mental, víctima, en consecuencia, de grave anomalía síquica, habiendo incurrido por este modo en error de hecho manifiesto en la apreciación de dicha prueba, pues uno es definirlo, como lo dice la pericia médico legal, “semisalvaje analfabeto” con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas”, y de otro

catalogarlo, como lo hace el Tribunal ad quem, débil mental, aquejado de grave anomalía síquica.

Incurrió el sentenciador, por este medio en violación de la norma sustancial contenida en el art. 29 del C.P., en forma indirecta por aplicación indebida y aplicó también indebidamente las medidas de seguridad (Libro 1° Título 2°, Capítulo 2° del C.P.), cuando condenó a M a 48 meses de reclusión en colonias agrícolas. Por último, dictó sentencia en juicio viciado de nulidad – incompetencia de jurisdicción- y violó igualmente, por falta de aplicación, el numeral 1° del art. 37 del Decreto 1358 de 1964, y el art. 1° de la Ley 89 de 1890.

Incurrió así el sentenciador en la causal cuarta de casación, art. 56 del Decreto 528 de 1964, en la forma indicada por el recurrente.

La Corte ha sostenido – y parcialmente lo reitera en esta oportunidad – que por mandato de los arts. 1° de la Ley 89 de 1890 y 2° de la Ley 72 de 1892, la legislación general de la República no rige entre salvajes, pero que esas leyes sobre indígenas no tienen aplicación ni los preceptos dejan de regir, “sino cuando se demuestre dentro del juicio penal que quien las invoca o se acoge a esas normas de excepción, se halla en estado salvaje y por esta circunstancia, sus actos, comprendidos dentro de la esfera penal, escapan al control de las leyes generales, debiendo regirse por las leyes especiales aplicables a su estado”.

Los requisitos condicionantes de la aplicación del art. 1° de la Ley 89 de 1890 y 2° de la Ley 72 de 1892, se cumplen a cabalidad en el caso de autos. Se contraen a la definición médico legal del sindicado como semisalvaje de lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas. Demostrada la nulidad configurada por el sentenciador, por incompetencia de jurisdicción, es indiferente que el recurrente no hubiera indicado en forma correcta el procedimiento a seguirse en el caso concreto objeto del recurso interpuesto a través de la causal cuarta de casación, pues, cuando este es el caso, surge como obligación de oficio para la Corte declarar la nulidad y estatuir el procedimiento, indicado en que estado queda el proceso, disponiendo su remisión al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo dispuesto por ella (numeral 3° del art. 58, Decreto 528 de 1964), sin que le sea permitido, examinar el material de mérito. Sin embargo, por vía de extensión, la Sala advierte que no puede ser una pericia sin motivación suficiente, dictada por médicos del común, la que sirva a los

jueces para decidir en tan intrincada materia, privativa de los especialistas, de preferencia peritos en psiquiatría forense, o antropólogos calificados, cuyo dictamen, ilustre el criterio de la justicia satisfactoriamente.

Dicho lo anterior corresponde a la Corte declarar la nulidad demostrada por el recurrente y decidir en qué estado queda el proceso.

Como el art. 1º de la Ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el 2º de la Ley 72 de 1892, que otorgó al Gobierno la facultad de hacer delegación de competencias en lo judicial, civil y penal, a manos de los Misioneros resulta en franca oposición con la Constitución Política, pues la competencia es privativa de la Rama Jurisdiccional del Poder Pública, tiénese como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas, en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes».

NORMATIVA APLICADA:

Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, art. 26, aprobado por la Ley 74 de 1968

Ley 83 de 1946

Ley 72 de 1892, art. 2

Ley 89 de 1890, arts. 1 y 40

Decreto 1358 de 1964, art. 37

6.2 TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO DE LAS PERSONAS INDÍGENAS: FUERO, INIMPUTABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Extracto n. ° 31

Número de radicado	:	60614
Número de providencia	:	AP198-2023
Fecha	:	25/01/2023
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«Tratamiento de los asuntos penales adelantados en contra de un indígena

El ordenamiento jurídico colombiano no ha asumido una sola teoría sino que ha establecido 3 posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: *“(i) En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es sólo una condición parcial; (ii) en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, (iii) también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable”*²⁵.

Entonces, en primer lugar, se reconoce plenamente la existencia de un fuero indígena fundado en la autonomía de aquellos pueblos, la cual no tendría ningún sentido sin el reconocimiento de reglas especiales en torno a la valoración de la conducta del indígena y de su culpabilidad²⁶.

En relación con el principio de legalidad en el procedimiento y, en materia penal, de los delitos y de las penas, la exigencia no va más allá de lo que es necesario para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades, pues de lo contrario el requisito llevaría a un completo desconocimiento de las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, para lo cual será necesario consultarse la

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-1238 de 2004.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

especificidad de la organización social y política de la comunidad de que se trate, así como los caracteres de su ordenamiento jurídico²⁷.

Por su parte, en relación con la culpabilidad *“el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”*²⁸.

En segundo término, están las reglas que deben ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero penal indígena, pues, debido a la existencia de unos criterios específicos para la aplicación de la jurisdicción indígena, en algunos casos los indígenas deben ser juzgados por la justicia ordinaria.

Sin embargo, ello no significa que puedan ser juzgados bajo las mismas reglas que las personas que no hacen parte de esa cultura, pues existen garantías especiales que deben ser aplicadas por los jueces ordinarios en estos eventos siempre que el sujeto activo sea un indígena.

En efecto, lo primero que se debe considerar es si se aplica la causal de inimputabilidad de diversidad sociocultural, contemplada en el artículo 33 del Código Penal, que se presentaría cuando el indígena no tiene la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre.

En ese caso, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente y, por ello, para configurarse requiere de tres requisitos: (i) que la persona, en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica, no haya tenido la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona haga parte de una cultura, que posea un medio cultural propio definido, a donde ese individuo pueda ser reintegrado; y (iii) que esa cultura posea autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro²⁹.

²⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-349 de 1996 y T-921 de 2013.

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-344 de 1998.

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002.

Lo segundo, es que se puede reconocer la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado, que se presenta cuando un vínculo cultural le impide a la persona conocer la ilicitud de su conducta. En este caso, para que esta modalidad de error elimine la culpabilidad debe ser invencible o inevitable, tal como exige el artículo 32, numeral 10, del Código Penal.

En aquellos eventos en los cuales el error sea vencible o evitable si la persona hubiera sido diligente y en los que la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, pero no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento, no operaría el error de prohibición culturalmente condicionado, sino que deberá evaluarse si se configura una inimputabilidad por diversidad sociocultural³⁰.

En tercer lugar, la solución de cada caso requiere del análisis de las especiales circunstancias de la cultura indígena, pues de lo contrario se estaría afectando la integridad étnica y cultural de esta parte de la población, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia T-778 de 2005, así:

“Como lo ha dispuesto la jurisprudencia, es necesario efectuar excepciones culturales a reglas generales cuando dicha excepción responda a la aplicación de un mandato constitucional y esa aplicación no vulnere un derecho individual o valor constitucional considerado de mayor peso. En el apartado 4.4 de esta providencia se estableció que éstos son el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta, todo ello desde el punto de vista de la cosmovisión propia de cada pueblo indígena”.

En este sentido, en algunos casos las condiciones especiales de una cultura indígena pueden afectar el análisis de los elementos de la norma».

NORMATIVA APLICADA

Ley 599 de 2000 arts. 32 y 33

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-370 de 2002.

6.3 OPORTUNIDAD, ALCANCE Y REQUISITOS PARA LA INTERVENCIÓN DE LA MÁXIMA AUTORIDAD INDÍGENA EN EL PROCESO PENAL

Extracto n. ° 32

Número de radicado	:	60614
Número de providencia	:	AP198-2023
Fecha	:	25/01//2023
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«Precisiones preliminares sobre la oportunidad y alcance de la intervención de la máxima autoridad indígena en el proceso penal

De acuerdo con la Sentencia T-921 de 2013, y como lo ha sostenido esta Sala, cuando un indígena es procesado por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia para el efecto, “*se debe comunicar a la máxima autoridad de su comunidad o su representante*”, para efectos de determinar si procede la privación de la libertad en el territorio indígena, con lo cual se busca respetar y no atentar contra las costumbres y la consciencia colectiva de los indígenas, para lo que resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural.

En ese orden de ideas, es apenas lógico que la procedencia de la comunicación a la máxima autoridad indígena, para que se inicie el proceso de interlocución y coordinación interjurisdiccional, requiera por lo menos la manifestación y acreditación de la calidad de indígena del procesado ante la autoridad competente (fiscalía, juez de garantías, de conocimiento o de ejecución de penas, dependiendo del caso), dado que el proceso penal es un proceso de partes en el cual, quien pretende deprecar una calidad especial debe manifestarla y acreditarla, demostrando su legitimidad para actuar en tal condición.

Eso significa que la vinculación de la autoridad indígena al procedimiento penal depende de la debida acreditación de la calidad de indígena del procesado, para efectos de que el fiscal o el juez que adelante el asunto proceda a comunicar a la comunidad indígena, en cumplimiento de las reglas establecidas en la jurisprudencia constitucional, ratificadas por esta Corporación.

Asimismo, debe advertirse que el objetivo de la comunicación a la máxima autoridad indígena y su vinculación al trámite es la garantía del derecho fundamental a la identidad cultural del indígena, que puede verse menoscabada al recibir el mismo tratamiento penitenciario que la mayoría, porque, producto de su participación en el trámite, puede advertir que en su territorio se cumplen con las condiciones necesarias para la reclusión del indígena procesado o que no se cumplen, razón por la cual el juez, dependiendo del estudio de los elementos personal y orgánico, puede disponer la privación de la libertad en el territorio indígena o en el centro de reclusión.

Lo anterior, en cualquiera de los casos, indiscutiblemente, con respeto de las costumbres del indígena procesado o condenado y verificando que sea tratado de acuerdo con sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de los deberes en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad.

Por lo mismo, la intervención de la máxima autoridad indígena puede darse en cualquier momento procesal donde sea posible discernir sobre la posibilidad de purgar la medida de aseguramiento o la pena en el territorio indígena, siempre y cuando se acredite la condición de indígena del procesado.

En ese entendido, la intervención de la autoridad puede darse desde cuando se discute la privación de la libertad en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, ante el juez de garantías -Ley 906 de 2004 o la Fiscalía -Ley 600 de 2000- y se extiende hasta después de la condena, ante el juez de ejecución de penas, siempre y cuando actúe para efectos de estudiar la posibilidad de que se cumpla o se continúe cumpliendo la detención dentro de su territorio, caso en el que el juez o fiscal deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.

Ello, porque en cualquier momento procesal, desde la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento y hasta la ejecución de la pena, las condiciones de la comunidad pueden variar, pues en un principio puede no tener los escenarios para la reclusión del procesado en la comunidad, pero en ese transcurrir procesal puede cambiar la situación y mostrar que cumple las

condiciones de necesidad para que el procesado o condenado cumpla la privación de su libertad en territorio indígena».

6.4 GARANTÍA FUNDAMENTAL DEL DERECHO AL TRADUCTOR IDÓNEO DESDE EL INICIO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL Y SUS EFECTOS EN LA VALIDEZ DEL PROCESO

Extracto n. ° 33

Número de radicado	:	48136
Número de providencia	:	SP17726-2016
Fecha	:	05/12/2016
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«Un juicio justo implica garantizar a la persona, en los términos del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

a) Ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella:

(...)

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

Y, en lo que corresponde con el precepto 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a las garantías judiciales:

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

[...]

Importa ilustrar que el Comité, en la Observación General n.º 13³¹, se ocupó sobre el primer precepto transcrito así:

[...]

*13. En el apartado f) del párrafo 3 se dispone que si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Este derecho es independiente del resultado del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión puede constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.*³² (Subraya la Corte)

[...]

Ahora, en algunas decisiones, el Comité ha destacado la importancia de que, en los tribunales, los procesados utilicen los idiomas regionales o minoritarios³³.

[...]

En aras de facilitar la aplicación de la transcrita disposición y de garantizar los derechos a la traducción e interpretación en los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea profirieron la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, en la que se establece que los Estados miembros velarán porque “*todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias*” (artículo 2, apartado 1). Y, en punto de la calidad de la interpretación, en el apartado 8 del mismo precepto, señala que deberá ser “*suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, garantizando en*

³¹ 21º periodo de sesiones 1984.

³² https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html. Consulta realizada el 1 de noviembre de 2016 a las 5:20 pm.

³³ Comité de Derechos Humanos. Caso Dominique Guesdon v. France (1990) Comunicación n.º 219/1986 U.U., párrafos 10.2 y 10.5 y Caso Ives Cadoret v. Francia (1991). Comunicación n.º 221/1987, párr. 5.6.

particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa.”

[...]

A nivel interno, el Código de Procedimiento Penal de 2004 prevé que nadie podrá ser investigado y juzgado sino “*con observancia de las formas propias de cada juicio*” (artículo 6) y, como una forma de asegurar la defensa, estatuye que el imputado y la víctima tendrán derecho a ser asistidos gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez “*en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial*” (cánones 8, literal f) y 144).

Así las cosas, la presencia del traductor en las actuaciones judiciales, desde su inicio, es relevante para una real garantía de los derechos, tanto del *procesado*, a efectos de asegurar que pueda entender a cabalidad el contenido de los cargos que se le endilgan, ejercer su defensa material y comunicarse con su abogado; como de la *víctima*, en procura de contribuir, esencialmente, a la verdad y a la justicia.

Más aún, la traducción que se haga debe ser idónea, no solo para que el inculcado tenga absoluta claridad sobre los cargos que se le imputan, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las consecuencias jurídicas de sus actos, las sanciones que enfrentará y las ventajas que obtendría si admite la responsabilidad, sino para que las partes y el juez entiendan lo que aquél, que no habla el idioma nacional, está diciendo, y así puedan elaborar las estrategias acusatorias o defensivas, y el juzgador, por su parte, tenga incondicional seguridad en torno a lo que manifiesta y contar así con los elementos suficientes para adoptar la decisión que corresponda.

El traductor, quien al interior de la actuación judicial es el canal comunicante entre el juez, las partes y el individuo (hombre o mujer) que no se expresa en el idioma nacional (castellano), es esencial para poder predicar un proceso justo y equitativo.

Bajo esa línea, es imperioso que el juez verifique que quien va a desempeñar ese rol se encuentra debidamente acreditado y, de no ser oficial, ese funcionario podrá reconocerlo como tal luego de inspeccionar con detenimiento su experiencia y conocimientos sobre el dialecto o lengua foránea, de modo que pueda dar fe que está habilitado, al tiempo que deberá

juramentarlo, tal como lo prevé el artículo 401 del Código de Procedimiento de 2004, en concordancia con el 389 *ibidem*, formalidad que, si bien no impacta en la legalidad o ilegalidad de su intervención, sí es necesaria para garantizar que desempeñará el cargo con verdad y diligencia.

[...]

Según se registró a lo largo de la actuación, la lengua natal de ME es la *embera katio* y, si bien entiende determinadas palabras y de alguna manera se puede comunicar en castellano, lo cierto es que no comprende muchas expresiones, ni el contexto de las conversaciones, menos los términos, conceptos y debates jurídicos. Por esa razón, se procuró que durante toda la actuación estuviera asistido por un traductor.

Sin embargo, luego de examinar con atención los videos de las distintas audiencias llevadas a cabo, se constata que en esta ocasión no se le garantizaron a plenitud sus derechos, justamente los correspondientes a la asistencia del traductor y a la traducción adecuada, de modo que se predicara en su favor un juicio justo.

Obsérvese:

En la preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, ME estuvo asistido por JDJC, gobernador del Cabildo indígena (urbano) *Embera, Katio Chami, CIECKCH*, quien también –según allí se dijo³⁴– colaboró con el proceso de materialización de los derechos del capturado.

Conforme a lo registrado en la sesión de formulación de acusación, JDJC no habla *embera katio* –lengua del procesado–, sino *embera chami*. Ello se hizo público cuando el Juez de conocimiento le pidió a C que tradujera la acusación hecha por el Fiscal, instante en el que el inculcado manifestó no entender, toda vez que tenían dialectos distintos³⁵. El *a quo* lo requirió, tras indicarle que en su parecer él sí comprende el español, pero la defensora intervino para aclarar que no es así –esa realidad la pudo corroborar la Corte a lo largo de la actuación–.

³⁴ Cfr. record 06:41, primer registro, disco compacto 2.

³⁵ Cfr. record 29:50, disco compacto 4.

[...]

Esa fue la razón para que en ese instante se relevara a C de su función y se designara a JCMS, quien lo acompañó en adelante, incluyendo la audiencia de sustentación llevada a cabo en esta Corporación.

Por manera, que durante el procedimiento de su captura y hasta, incluso, la audiencia del 6 de marzo de 2013 –cuando ella se formalizó, se le imputaron cargos y se le impuso medida de aseguramiento–, estuvo asistido por un traductor inidóneo. JDJC, se *itera*, no hablaba su mismo dialecto y ello le impidió asimilar y discernir con aptitud la conducta, rodeada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que se le atribuía, así como la naturaleza de la actuación que se adelantaba.

Esa situación es, sin duda, lesiva del debido proceso de ME, en concreto, en su componente de defensa.

[...]

Lo anterior denota que ME no comprendió con suficiencia la comunicación de cargos hecha por el representante de la Fiscalía, pero tampoco lo que le dijo el Juez y muy poco lo que le orientó el traductor.

Por consiguiente, no es viable predicar que se le haya asegurado un proceso justo. Su derecho a la defensa material no fue suficientemente garantizado y esa afectación no se enmienda con el posterior cambio de traductor.

[...]

La trascendencia de las irregularidades descritas imponen a la Corte que, oficiosamente, en aras de restablecer la garantía de defensa, así como el derecho a la verdad y a la justicia, declare la nulidad de lo actuado a partir, incluso, de la audiencia del 6 de marzo de 2013 (concentrada), a efectos de que se asegure la aptitud en el traductor y en la traducción.

Entonces, los jueces, de control de garantías y de conocimiento, habrán de acreditar debidamente a la persona que en esa condición actúe y velarán, en la medida de lo posible, porque la traducción que se realice sea idónea.

Como consecuencia, de la medida adoptada, la Sala ordenará la libertad inmediata e incondicional de ME, por razón de este proceso y siempre que no sea requerido por otra autoridad.

Teniendo en cuenta su condición de indígena, sujeto de especial protección por parte del Estado, y toda vez que, según consta en el expediente, varios de los integrantes de la comunidad que se alojaba en el albergue donde ocurrieron los hechos ya retornaron a su lugar de origen, se oficiará a la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Dirección de Etnias, o a quien haga sus veces, para que realice el acompañamiento de rigor».

NORMATIVA APLICADA:

Constitución Política de Colombia, art. 29

Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 10 y 11

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XVIII y XXVI

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 14 y 15

Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 9

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), art. 6

Ley 906 de 2004, art. 401

6.5 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ENFOQUE DIFERENCIAL A LAS VÍCTIMAS INDÍGENAS DEL CONFLICTO ARMADO EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005)

Extracto n. ° 34

Número de radicado	:	49067
Número de providencia	:	SP19338-2017
Fecha	:	15/11/2017
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Segunda instancia

«El Artículo 5A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 3° de la Ley 1592 de 2012 establece lo siguiente:

«*ENFOQUE DIFERENCIAL*. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, la participación de las víctimas en el proceso penal especial de que trata la presente ley, así como el proceso judicial y la investigación que se realice, deberán contar con dicho enfoque, sin perjuicio de la aplicación de criterios de priorización.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones a que se refiere el artículo 5o de la presente ley, tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos/as, líderes/lideresas sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores/as de Derechos Humanos, víctimas de desplazamiento forzado y miembros de pueblos o comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, cuando el riesgo se genere con ocasión de su participación en el proceso judicial especial de que trata la presente ley».

Este principio fue incluido en el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, norma por medio de la cual se establecieron mecanismos de asistencia, atención, prevención, protección, reparación integral con enfoque diferencial, acceso a la justicia y conocimiento de la verdad de las víctimas, resultando imperativo que en las investigaciones y juicios que se adelanten en los procesos de justicia y paz, se tengan en cuenta criterios diferenciales, con

el objeto de adoptar medidas afirmativas en beneficio de los grupos poblacionales más vulnerables. (CC C-694/15).

Concretamente, sobre el enfoque diferencial para las víctimas del conflicto armado interno pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, la Corte Constitucional en la sentencia CC T-010/15, señaló lo siguiente:

«Dicho principio de enfoque diferencial, es producto del reconocimiento lógico que ciertos grupos de personas tienen necesidades de protección distintas ante condiciones económicas de debilidad manifiesta (art. 13 C.P) y socio-culturales específicas.

El enfoque diferencial entonces como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión.

Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico³⁶, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palanqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas.

(...)

Ahora bien, en materia de víctimas del conflicto armado interno, tema que avoca la atención de la Sala Octava de Revisión en esta oportunidad, la agencia de la Organización de Naciones Unidas para los Refugiados, ha reconocido que, *“los pueblos indígenas y las comunidades afro colombianas son víctimas de violaciones sistemáticas a sus derechos individuales y colectivos, y de infracciones al derecho internacional humanitario.”*³⁷ Lo cual ha impactado a dichos grupos étnicos en la afectación del pueblo como

³⁶ Ver enfoque diferencial étnico en materia de reclusión carcelaria para miembros de comunidades indígenas, en sentencia T-642 de 2014. M.P. María Victoria Sánchez.

³⁷ ACNUR, Enfoque diferencial étnico de la oficina del ACNUR en Colombia. Estrategia de transversalización y protección de la diversidad. Población indígena y Afro Colombiana. Disponible Online: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4554.pdf?view=1>

sujeto colectivo, la vulneración del ejercicio de la jurisdicción y autonomía territorial, el detrimento de las condiciones de vida, la alteración permanente de los procesos de identidad cultural, entre otros.³⁸

(...)

En conclusión, las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales, que den aplicabilidad a las medidas de reparación, ayuda y asistencia para las víctimas del conflicto armado interno, deben estar en correspondencia con el principio de enfoque diferencial étnico, en el caso que se encuentren frente a miembros de comunidades o pueblos indígenas. Este principio, fundado en la justicia y en la desigualdad para desiguales, responde a una reivindicación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y propende por respetar ciertos usos y costumbres, jurisdicción, cultura y autonomía, reconocidos por la misma Constitución».

Por lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 4633 de 2011 por medio del cual se regulan los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, que debe ser consultado con el fin de respetar sus usos y costumbres.

De acuerdo con el artículo 3° del Decreto Ley, son víctimas tanto los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos, así como sus integrantes considerados de manera individual, *«que hayan sufrido daños como consecuencia de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985 y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno»*³⁹, indicando el parágrafo 1° de la norma en cita que *«Las reparaciones en los casos de muerte y desaparición forzada se llevarán a cabo teniendo en cuenta los criterios establecidos en el parágrafo segundo del artículo 110 del presente decreto»*.

³⁸ ACNUR, Enfoque diferencial étnico de la oficina del ACNUR en Colombia. Estrategia de transversalización y protección de la diversidad. Población indígena y Afro Colombiana. Disponible Online: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4554.pdf?view=1>

³⁹ Decreto 4633 de 2011, Artículo 3.

El artículo 110 de la norma en cita, reglamenta la indemnización individual a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido un daño, como medida de reparación, indicando en el parágrafo 2° lo siguiente:

«En los casos de muerte o desaparición forzada, la indemnización individual tendrá como criterios para determinar su beneficiario los siguientes:

a) En primer término y de forma concurrente el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa;

b) Subsidiariamente, se entregarán en forma concurrente a los parientes directos definidos de acuerdo con la organización o filiación social o familiar que se conserve al interior de los pueblos y comunidades indígenas y, atendiendo a la especificidad de cada pueblo. En este caso, la Unidad Administrativa Especial para la Reparación Integral a Víctimas solicitará a la autoridad del pueblo o comunidad indígena al que pertenece la víctima, una certificación de los destinatarios de la indemnización de acuerdo con las normas tradicionales de parentesco del pueblo indígena».

Por último, en el artículo 39 se eleva a principio general la Buena fe, indicando lo siguiente:

«Se presume la buena fe de las víctimas de que trata el presente decreto. Las víctimas podrán acreditar el daño ocasionado por cualquier medio legalmente aceptado. No se exigirá a la víctima, individual o colectiva, probar las condiciones de modo, tiempo y lugar de los daños ocasionados y bastará prueba sumaria para que la autoridad administrativa la releve de la carga de la prueba».

Y el artículo 41 define el daño individual de la siguiente forma:http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_4633_2011.html

«El daño a las víctimas individualmente consideradas en el marco del presente decreto se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad,

pueblo y territorio. La definición del daño tendrá en cuenta el enfoque diferencial e integral establecido en el Título III del presente decreto».

Sobre el tema que ahora se analiza, resulta del todo relevante analizar la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 10 de septiembre de 1993, en el caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam.

En esa oportunidad, los hechos juzgados ocurrieron el 31 diciembre de 1987 en Atjoni (aldea de Pokigron, Distrito de Sipaliwini) y en Tjongalangapassi, Distrito de Brokopondo. Ese día, más de 20 cimarrones (maroons / bushnegroes), pertenecientes a la tribu saramaca, fueron atacados, vejados y golpeados con las culatas de las armas de un grupo de militares, bajo la sospecha de que eran miembros del grupo subversivo Comando de la Selva; siete de ellos fueron arrastrados con los ojos vendados al interior de un vehículo militar y llevados por Tjongalangapassi rumbo a Paramaribo, ahí los obligaron a cavar su propia fosa, y luego les dieron muerte.

En la decisión referida, la Corte les reconoció a las esposas, hijos y padres de las víctimas una indemnización por un valor de US\$453.102 a cada uno de ellos, sin embargo, negó el derecho indemnizatorio a 25 parientes de las víctimas, quienes manifestaron que recibían de ellas ayuda económica en dinero, en especie o mediante aportes de trabajo personal, porque no acreditaron la existencia del daño material y moral causado con la conducta ilícita.

Indicó la Corte que, en efecto, los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte, dan derecho a una indemnización. Ahora bien, tratándose de los sucesores de la víctima – hijos, cónyuge y padres -, el daño material y moral se presume, no ocurriendo lo mismo con los «terceros perjudicados», esto es, aquellas personas que sin ser sucesores de la víctima, han sufrido alguna consecuencia del acto ilícito, pues a estos les corresponde probar el derecho a la indemnización. Por su pertinencia, se transcribirán los apartes correspondientes:

Los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos.

La indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han

resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella.

Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (cfr. infra, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados.

(...)

. El convenio N° 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Suriname y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales de derecho (art. 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes.

Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización.

Estos principios generales de derecho se refieren a “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes”. Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado (supra, párr. 58), no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca.

Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los

“ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca.

(...)

La obligación de reparar el daño causado se extiende en ocasiones, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico, a personas que, sin ser sucesores de la víctima, han sufrido alguna consecuencia del acto ilícito, cuestión que ha sido objeto de numerosas decisiones por parte de los tribunales internos. La jurisprudencia establece sin embargo, ciertas condiciones para admitir la demanda de reparación de daños planteada por un tercero.

En primer lugar, el pago reclamado debe estar fundado en prestaciones efectuadas realmente por la víctima al reclamante con independencia de si se trata de una obligación legal de alimentos. No puede tratarse sólo de aportes esporádicos, sino de pagos hechos regular y efectivamente en dinero o en especie o en servicios. Lo importante es la efectividad y la regularidad de la misma.

En segundo lugar, la relación entre la víctima y el reclamante debió ser de naturaleza tal que permita suponer con cierto fundamento que la prestación habría continuado si no hubiera ocurrido el homicidio de aquella.

Por último, el reclamante debe haber tenido una necesidad económica que regularmente era satisfecha con la prestación efectuada por la víctima. En este orden de cosas, no se trata necesariamente de una persona que se encuentre en la indigencia, sino de alguien que con la prestación se beneficiaba de algo que, si no fuera por la actitud de la víctima, no habría podido obtener por sí sola.

(...)

La Comisión ha invocado en reiterados pasajes de su escrito los precedentes del “Lusitania”, caso que fue resuelto por una Comisión mixta constituida por los Estados Unidos y Alemania. Pero, en cuanto a las reclamaciones de los dependientes, aquella Comisión decidió que la indemnización sólo era procedente si se habían probado la efectividad y la regularidad de las prestaciones hechas por la víctima (cfr. los casos *Henry W. Williamson and others* y *Ellen Williamson Hodges, administratrix of the estate of Charles Francis Williamson*, February 21, 1924, Reports of International Arbitral

Awards, vol. VII, pp. 256 y 257 y Henry Groves and Joseph Groves, February 21, 1924, Reports of International Arbitral Awards, vol. VII, pp. 257-259).

La Corte ha efectuado anteriormente una distinción entre la reparación correspondiente a los sucesores y la debida a los reclamantes o dependientes. A los primeros, la Corte otorgará la reparación solicitada porque existe una presunción de que la muerte de las víctimas les ha causado perjuicio, quedando a cargo de la contraparte la prueba en contrario (cfr. supra, párr. 54). Pero, respecto de los otros reclamantes o dependientes, el onus probandi corresponde a la Comisión. Y ésta, a criterio de la Corte, no ha aportado las pruebas necesarias que permitan demostrar el cumplimiento de las condiciones indicadas.

La Corte es consciente de las dificultades que este caso presenta: se trata de hechos relativos a una comunidad que habita en la selva, cuyos integrantes son prácticamente analfabetos y no usan documentación escrita. No obstante se podrían haber utilizado otros medios de prueba.

En virtud de lo expuesto, la Corte rechaza la reclamación de indemnización por daño material para los dependientes.

74. La Comisión reclama también una indemnización por el daño moral sufrido por personas que, sin ser sucesores de las víctimas, eran dependientes de ellas.

La Corte estima que, al igual que en el caso de la reparación por perjuicios materiales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado. En el presente litigio, a criterio de la Corte, no existen pruebas suficientes para demostrar el daño en los dependientes».

El análisis sistemático de la normatividad atrás referenciada, obliga concluir lo siguiente:

- a. Las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales, que den aplicabilidad a las medidas de reparación, ayuda y asistencia para las víctimas del conflicto armado interno, deben estar en correspondencia con el principio de enfoque diferencial étnico, en el caso que se encuentren frente a miembros de comunidades o pueblos indígenas.

- b. Son víctimas tanto los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos, así como sus integrantes considerados de manera individual siempre que: (i) hayan sufrido un daño; (ii) por violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985 y; (iii) por hechos que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.
- c. La indemnización individual es una medida de reparación dirigida a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido un daño. En consecuencia, el daño debe ser acreditado por la víctima por cualquier medio legalmente aceptado, siendo suficiente aportar prueba sumaria para que la autoridad administrativa la releve de la carga de la prueba.
- d. El daño a las víctimas individualmente consideradas, se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad, pueblo y territorio, de conformidad con el principio de enfoque diferencial e integral.
- e. En los casos de muerte o desaparición forzada, la indemnización individual tendrá como criterios para determinar su beneficiario, en primer término y de forma concurrente el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa; subsidiariamente, se entregarán en forma concurrente a los parientes directos definidos de acuerdo con la organización o filiación social o familiar que se conserve al interior de los pueblos y comunidades indígenas, atendiendo a la especificidad de cada pueblo.
- f. El daño moral se presume respecto de los sucesores de la víctima – cónyuge, hijos y padres-, no así del resto de familiares, a quienes les corresponde probar su existencia.

Por todo lo expuesto, no le asiste razón a la apoderada de PE, MT, ME y MCAM, cuando manifiesta que dada la pertenencia de sus representados a la etnia Kankuama, no puede exigírseles que demuestren el daño causado, en virtud del principio de enfoque diferencial.

En efecto, para que se pueda reconocer la condición de víctima de un pueblo o comunidad indígena como sujetos colectivos, o a sus integrantes individualmente considerados, se debe acreditar, al menos sumariamente, la existencia de un daño como consecuencia de las acciones delictivas perpetradas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

En consecuencia, el principio de enfoque diferencial no implica que las comunidades étnicas estén relevadas del cumplimiento de tal carga probatoria, sino que, para tales fines, se debe atender la cosmovisión del pueblo o comunidad indígena. Razonar de manera diferente, implicaría que en todos los casos en donde aparezca como víctima un integrante de un pueblo o comunidad indígena, se deba, por ese solo hecho, reconocer la indemnización individual, lo que resultaría contrario al derecho a la igualdad y a la distribución proporcional y temporal de los recursos disponibles para costear las indemnizaciones». (Los diferentes apartes del texto en negrilla vienen del original)

NORMATIVA APLICADA:

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969

Convención Americana sobre Derechos Humanos arts. 8-4

Constitución Política de Colombia de 1991 art. 1, 7, 8, 10, 13, 29, 35, 96, 150-14, 171, 241-10, 246, 286, 329 y 330

Ley 1448 de 2011 art. 13, 205

Decreto- Ley 4366 de 2011 art. 3, 41 y 110

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC, C-694, 11 nov.2015; CC, T-010, 16 en. 2015; SP4530-2019 (Rad. 53125)

6.6 ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 8, 9 Y 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT EN LA EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Extracto n. ° 35

Número de radicado	:	41596
Fecha	:	21/08/2013
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Casación

«[...] el motivo de inconformidad que trae a colación el censor radica en que los juzgadores hayan negado el beneficio sustitutivo de la prisión domiciliaria a sus prohijados, desconociendo que las citadas disposiciones del bloque de constitucionalidad abogan por dar prelación a una sanción diferente al encarcelamiento, en el caso de los indígenas condenados.

Dichos preceptos del Convenio 169 de la OIT, invocados por el libelista, consagran:

“Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea NECESARIO, DEBERÁN ESTABLECERSE PROCEDIMIENTOS PARA SOLUCIONAR LOS conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

1. *En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

2. *Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

Artículo 10

1. *Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*

2. *Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.*

El actor cita los transcritos dispositivos como fuente de su argumentación, pero omitiendo considerar las salvedades que directamente consagra el instrumento internacional, pues, aunque en efecto se aboga porque en la aplicación de las leyes patrias se respete el derecho que tienen los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, se dispone que ello es posible “*siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*”.

De igual modo, se propende por el respeto a los métodos a los que las comunidades indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, pero, en el Convenio de la OIT se aclara que “*en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*”.

Y, en cuanto a las penas aplicables, a manera de sugerencia, porque no otra cosa puede desprenderse del texto de la norma, se indica que debe “*darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*”, es decir, que frente a dos alternativas punitivas, se antepondrá la que no implique la restricción de la libertad.

Ello no es lo que ocurre en este evento, en el que si se fijó una pena principal aflictiva de la libertad de locomoción, no fue porque el juez caprichosamente quiso hacerlo, sino porque en acatamiento a lo que ordena el principio de legalidad, así procedió; y lo propio ocurrió cuando analizados los factores objetivos y subjetivos que consagra el legislador para la concesión de cualquier beneficio sustitutivo, optó por negarlos a los acusados.

Ahora, a la imposición de las penas que legalmente correspondan, no se opone el hecho de que en su ejecución la autoridad competente interprete la legislación respectiva en concordancia con las normas del bloque de constitucionalidad y, en particular, con los tratados internacionales de derechos humanos, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional⁴⁰:

“Interpretando la normatividad nacional e internacional en relación con el fin de la pena y la función resocializadora y preventiva de la misma, la jurisprudencia estableció el alcance de la competencia del INPEC como la entidad encargada de hacer cumplir las medidas de privación de la libertad:

“2.1.7. Desde esta perspectiva, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario está obligada a efectuar una interpretación de las normas aplicables acorde con los tratados internacionales de derechos humanos y con los principios de favorabilidad, buena fe y primacía de lo sustancial sobre lo formal, razón por la cual no le es posible exigir requisitos irrazonables o desproporcionados o imponer barreras de acceso a los beneficios que otorga la ley a las personas privadas de la libertad que no tienen asidero en las normas aplicables (...).”

De todos modos, lo que debe tenerse en cuenta en este asunto es que no habiendo duda sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria, todo lo atinente al cumplimiento de la pena concierne a las autoridades judiciales –Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad- y al INPEC, ante las cuales pueden acudir las autoridades indígenas con el fin de solicitar, en razón de su particular visión frente a la pena y su finalidad, la fijación de *“mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural”*⁴¹.

⁴⁰ Sentencia T-635 de 2008.

⁴¹ Sentencia T-097 de 2012.

Así lo estimó esa Corporación en la Sentencia T-097 de 2012, agregando que si bien Colombia respeta la diversidad cultural y la autonomía indígena, cuando en algunos casos miembros de estas comunidades cometen delitos sancionados por la jurisdicción ordinaria, es necesario tomar medidas para sancionar y prevenir hechos futuros similares, pero que a la vez propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley.

En tal medida, por ahora lo que importa relevar es que el delito que se atribuye a los procesados fue investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria, es decir, que lo falló el juez natural, se atendió el debido proceso y se aplicaron las consecuencias jurídicas legalmente procedentes.

En asuntos similares, la Corte Constitucional ha considerado que cuando se han cumplido todos los pasos requeridos y se ha asignado al juez ordinario la función de juzgar a miembros de comunidades indígenas, no puede alegarse *“un desconocimiento del derecho propio, el juez natural y el debido proceso*

En efecto, en la ya citada Sentencia T-097, señaló:

“[...]

Cabe señalar que de conformidad con el principio de legalidad de las penas (C.P. art 29), éstas son las que consagra la ley y que se imponen por el juez competente. Resuelto favorablemente un conflicto entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción indígena, a favor de la primera, en principio, al imputado y condenado le resultan aplicables en su integridad las normas y procedimientos propios previstos en la ley. El hecho de que el imputado o condenado sea indígena, aunque no puede soslayarse y demanda un tratamiento jurídico-cultural apropiado, no lo sustrae del régimen normativo general y abstracto que se predica de las personas a las que se extienden las reglas dictadas por el legislador. Al margen de una pauta normativa específica emanada del legislador, tratándose del régimen ordinario, no puede el juez o la administración, tomar en consideración la condición étnica de un justiciable con miras a otorgar un tratamiento diferente del indicado en el estatuto legal general. Hacerlo comportaría quebrantar el principio de igualdad ante la ley (C.P. art. 13). Justamente, la remisión de una persona a la jurisdicción indígena, es la única circunstancia que en el

marco de la Constitución, permite que en términos sustantivos, procesales y de ejecución de la pena, un individuo no pueda ser cobijado por las normas legales ordinarias en esas mismas materias. En otras palabras, si el imputado o condenado indígena, objetivamente se encuentra sujeto a la jurisdicción ordinaria, en ésta no puede reclamar aparte de la consideración jurídico-cultural señalada, un tratamiento que desborde la legalidad ordinaria.

[...]”

Entonces, como la ley colombiana ha positivizado los casos en los cuales resulta imposible otorgar al procesado, indígena o no, el subrogado de prisión domiciliaria, no es posible acudir a ese criterio orientador del Convenio de la OIT para conceder un beneficio que, de entregarse, evidentemente viola postulados de igualdad respecto a los demás sentenciados por conductas similares. Cosa distinta es que en la ejecución de las sanciones, se tengan en cuenta esos factores, lo cual compete, como se señaló antes, a las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento».

NORMATIVA APLICADA:

Convenio 169 de la OIT, art. 8, 9, 10
Ley 21 de 1991

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-097 de 2012; CSJ AP, 09 oct. 2013, rad. 42281; CSJ AP1576-2014; CSJ AP4470-2015; CSJ AP5156-2015; SP14851-2015

En el auto CSJ AP1576-2014 la Sala agregó lo siguiente:

«[...] la Corte Constitucional cuando aborda el tema específico de las sanciones penales aplicables a los miembros de las comunidades indígenas, en los casos en que el proceso se tramitó por la justicia ordinaria, tiene buen cuidado de respetar mínimos de legalidad, pues, en lugar de prohijar la tesis de que la pena de prisión puede ser mutada por otros medios tradicionales de sanción indígena, entiende mejor que esa sanción, de ninguna forma

mutada o atemperada por el cumplimiento en reclusión domiciliaria, puede ser ejecutada en un sitio adecuado para el efecto por la comunidad.

Esto anotó la Corte Constitucional en reciente decisión -CC T-921/13-:

“Para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad en virtud de una pena o de una medida de aseguramiento, se hace necesario que en caso de que un indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria se cumplan las siguientes reglas:

(i) Siempre que el procesado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se exigirá la vinculación de la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) se deberá consultar a la máxima autoridad de la comunidad para determinar si se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de la territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará con la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En

caso de que el indígena no esté en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. Si el resguardo no cuenta con la infraestructura necesaria para garantizar la privación de la libertad se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iv) Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el funcionario que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia.”

De lo anotado fácil se verifica que de ninguna manera es factible modificar o sustituir la pena impuesta al procesado, cuando ella deviene de un proceso adelantado por la justicia ordinaria, y apenas, como lo señala la Corte Constitucional, en aras de preservar la cultura y costumbres del acusado, es factible que ese confinamiento lo cumpla al interior de su comunidad, cuando ella cuenta con las condiciones adecuadas para el efecto.

Así las cosas, cuando el indígena debe descontar pena de prisión por sentencia ejecutoriada que así lo ordena, es necesario que el juez de ejecución de penas consulte con la máxima autoridad de la comunidad indígena si es factible cumplir al interior de la misma la pena y, de obtener respuesta positiva, ha de verificar *in situ* que se tengan las instalaciones idóneas para garantizar esa privación de libertad. Adicionalmente, ya producida la reclusión, corresponde al INPEC realizar visitas periódicas para comprobar que la privación de libertad sí se ha materializado.

Para el caso concreto, entonces, advertida la completa impropiedad de lo pedido por el demandante en casación, apenas resta advertir que tan pronto se ejecutorie la sentencia y asuma competencia el juez de ejecución de penas, este de oficio o a solicitud de parte, debe adelantar el trámite correspondiente para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la decisión antes reseñada».

6.7 EJECUCIÓN DE LA PENA DE PERSONAS INDÍGENAS: OBLIGACIONES DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA PARA LA PROTECCIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL

Extracto n. ° 36

Número de radicado	:	60614
Número de providencia	:	AP198-2023
Fecha	:	25/01/2023
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Segunda Instancia

«(...)», debe tenerse en cuenta que en aquellos eventos en los cuales el cumplimiento de la pena o la medida de aseguramiento de un indígena se efectúe en un establecimiento penitenciario y/o carcelario del sistema ordinario, el mismo debe velar porque no se afecte la cultura del individuo y por la conservación de sus usos y costumbres.

En ese orden, la Corte Constitucional en Sentencia T-126 de 2009 reconoció que la pena restringe solamente una serie de derechos, y no puede en ningún momento afectar la dignidad humana del interno, ni con ella su identidad cultural, por lo cual, los indígenas merecen una especial protección en los establecimientos carcelarios, que impida que sean objeto de tratos que les hagan renunciar a sus propias costumbres.

Por lo anterior, si bien la Corte Constitucional en Sentencia T-097 de 2012 determinó que, cuando lo soliciten sus propias comunidades, los indígenas pueden cumplir su pena en un establecimiento penitenciario ordinario, los establecimientos en los cuales se encuentren privados de la libertad deben contar con la infraestructura necesaria para recibirlos sin afectar su cultura, ni sus costumbres:

“Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que en el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que, en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los

*indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural*⁴².

Al respecto, debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria.

Por lo mismo, según se expuso en la Sentencia T-921 de 2013, *“se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo con sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad”*.

Por esa razón, en esa decisión la Corte Constitucional adoptó medidas urgentes ante el evidente proceso masivo de afectación de un derecho fundamental esencial para los indígenas como es la identidad cultural, porque se hacía necesaria la adopción de medidas para salvaguardar esta garantía.

En todo caso, según la Corte Constitucional *“esas medidas se dirigen específicamente a la determinación del lugar de privación de la libertad y no afectan la naturaleza ni la duración de la pena o medida impuesta, pues la simple reclusión de un indígena en un establecimiento ordinario afecta claramente su cultura”*⁴³ (Subrayas fuera del texto original).

En ese sentido, esta Sala⁴⁴ ha aceptado que, en caso de que un indígena sea procesado por la jurisdicción ordinaria se deben cumplir las siguientes reglas con el objeto de evitar que se siga presentando el desconocimiento del derecho a la identidad de los indígenas al ser reclusos en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura:

“(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-097 de 2012.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-921 de 2013.

⁴⁴ CSJ SP1370-2022, del 27 de abril de 2022, rad. 53444.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993”⁴⁵.

En ese orden de ideas, si se considera que no se cumplen los requisitos necesarios para la aplicación de la jurisdicción indígena, estos sujetos de especial protección constitucional tienen derecho a que se analice su situación y, en especial, se estudie de manera seria: (i) si puede excluirse su responsabilidad por diversidad sociocultural; (ii) si se puede eliminar la culpabilidad del delito por la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado; (iii) las circunstancias especiales en las cuales se

⁴⁵ Sentencia T-921 de 2013.

cometió el delito; (iv) que la privación de la libertad en un establecimiento penitenciario no puede afectar su integridad cultural; y (v) la participación en el proceso penal de la máxima autoridad indígena o su representante, para efectos de determinar si procede la privación de la libertad en el territorio indígena.

Ahora bien, cuando miembros de las comunidades indígenas cometen conductas tipificadas como delitos por la jurisdicción ordinaria, los jueces competentes deben tomar medidas para sancionar y prevenir hechos futuros similares, que, a la vez, propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley.

Por esa razón, esta Sala en Sentencia SP1370-2022, del 27 de abril de 2022, rad. 53444, consideró que:

“24. En este orden, el funcionario tiene a su cargo la realización de un juicio de valor -test de proporcionalidad⁴⁶-, para evaluar no solo si la pena impuesta cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, sino las repercusiones negativas que la misma y su ejecución puede tener sobre la diversidad cultural y la autonomía indígena.

Así, el juzgador podrá determinar si los intereses de la justicia ordinaria, del indígena y de su comunidad se encuentran nivelados o si, por el contrario, alguno de estos está siendo menoscabado”.

En ese entendido, la Sala adujo que el examen ponderado y razonable deberá atender, según las circunstancias propias de cada caso, el elemento personal como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite establecer: *“(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción”⁴⁷*. De esa forma, se determinará la conveniencia de que un indígena sea recluso en un centro penitenciario ordinario o en su resguardo, para preservar su cultura, previo, ello sí, del cumplimiento de los presupuestos fijados para uno u otro evento.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-835 de 2013.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

De igual modo, en la referida providencia la Sala de Casación Penal manifestó que es dable acudir al elemento institucional u orgánico que *“indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social”*⁴⁸.

Lo anterior, porque con ese criterio se puede concretar si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos no solo para la conservación de las costumbres, sino que haga efectivas las funciones de la pena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad. De lo contrario, deberá purgar la sanción en el centro de reclusión ordinario que corresponda, respetándose sus condiciones especiales, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario, tal como lo exigió la Corte Constitucional en la sentencia T-1026 de 2008.

Por ello es que dicha Corporación, en la sentencia T-097 de 2012, destacó la importancia de establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades indígenas y las autoridades nacionales; no obstante, como en la actualidad no se ha proferido la ley de coordinación de esta jurisdicción especial indígena con el sistema ordinario judicial, ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar, caso a caso, un conjunto de lineamientos y subreglas aplicables al momento de definir dicha relación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas.

En este sentido, en el ámbito del cumplimiento de la pena o de la medida de aseguramiento, se han establecido dos alternativas: (i) el derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o (ii) permitir a los indígenas procesados por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena o medida de aseguramiento en el resguardo o viceversa».

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia T-921 de 2013.

NORMATIVA APLICADA
Ley 65 de 1993 art 29

6.8 CÓMO DETERMINAR DÓNDE DEBE CUMPLIR LA PENA DE PRISIÓN UN INDÍGENA CONDENADO YA SEA POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA O LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Extracto n. ° 37

Número de radicado	:	53444
Número de providencia	:	SP1370-2022
Fecha	:	27/04/2022
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«La Sala encuentra que a través de los cargos formulados el recurrente también cuestionó la valoración realizada por el Tribunal, pues señaló que partió de “conjeturas, suposiciones e inferencias que se sustentan únicamente en la naturaleza del delito materia de juzgamiento”, para concluir que el traslado del sentenciado al Centro de Armonización y Rehabilitación LA SELVA-CHORRILLO pone en peligro al Cabildo Indígena del Resguardo de Huellas del Departamento de Cauca.

Para determinar si le asiste razón en este punto al censor, primero es necesario reiterar el reconocimiento que se efectúa del derecho fundamental a la identidad cultural y la diversidad étnica de los indígenas privados de la libertad en centros carcelarios y penitenciarios ordinarios; independientemente de que su juzgamiento haya correspondido a la jurisdicción ordinaria o indígena.

Por vía jurisprudencial, se ha insistido en la necesidad de que los indígenas condenados y que estén confinados en penitenciarias nacionales tengan los medios disponibles para poder vivir nuevamente en sus territorios, con sus grupos étnicos, de conformidad con sus usos y costumbres, y bajo el mando de sus autoridades. Esta forma de resocialización pretende, en últimas, garantizar la integridad cultural de quienes se encuentran privados de su libertad por fuera de su contexto cultural y, por lo tanto, expuestos a un mayor grado de vulnerabilidad.

Sobre el particular, la Corte Constitucional expresó:

“(…) la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros, por la

indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura.”

Por su parte, en el ordenamiento interno, la reglamentación de los lugares de reclusión para los indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria se remonta a la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, cuyo artículo 29 prevé que, cuando el hecho punible haya sido cometido por indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado, circunstancia que se hace extensiva para la condena .

Con la misma orientación, el artículo 3° de la Ley 1709 de 2014 (modificatoria del Código Penitenciario y Carcelario) se adicionó un nuevo precepto para incluir el “principio de enfoque diferencial”, entre otros aspectos, por razones de raza o etnia.

En este orden, cuando miembros de estas comunidades cometen conductas tipificadas como delitos por la jurisdicción ordinaria, los jueces competentes deben tomar medidas para sancionar y prevenir hechos futuros similares, que, a la vez, propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley.

En ese ejercicio, el funcionario tiene a su cargo la realización de un juicio de valor -test de proporcionalidad -, para evaluar no solo si la pena impuesta cumple las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, sino las repercusiones negativas que la misma y su ejecución puede tener sobre la diversidad cultural y la autonomía indígena.

Así, el juzgador podrá determinar si los intereses de la justicia ordinaria, del indígena y de su comunidad se encuentran nivelados o si, por el contrario, alguno de estos está siendo menoscabado.

Bajo este entendido, dicho examen ponderado y razonable deberá atender, según las circunstancias propias de cada caso, el elemento personal como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite establecer: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto

frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción”.

De esta forma, se determinará la conveniencia de que un indígena sea recluido en un centro penitenciario ordinario o en su resguardo, para preservar su cultura, previo, ello sí, del cumplimiento de los presupuestos fijados para uno u otro evento; pues como lo refirió la Corte Constitucional en la sentencia T-921 de 2013, es necesario que:

“en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”.

De igual modo, es dable acudir al elemento institucional u orgánico que “indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena, la cual debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social”.

Lo anterior, ya que a través de este criterio se puede concretar si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos no solo para la conservación de las costumbres, sino que haga efectivas las funciones de la pena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad. De lo contrario, deberá purgar la sanción en el centro de reclusión ordinario que corresponda, respetándose sus condiciones especiales, preservando sus derechos fundamentales y con la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario, tal como lo exigió la Corte Constitucional en la sentencia T-1026 de 2008.

Por ello, es que dicha Corporación, posteriormente en la sentencia T-097 de 2012, destacó la importancia de establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades indígenas y las autoridades nacionales, a saber:

“(…) se considera que en los casos en los que se ha resuelto el conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena a favor de la primera y, por ende, la decisión sobre el cumplimiento de la pena compete a las autoridades judiciales y al INPEC, siempre que así las autoridades indígenas lo soliciten en razón de su particular visión frente a la pena y a su finalidad, sería importante establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que, en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural. Como lo ha dicho en otras ocasiones la Corte, en una sociedad pluralista, como la que proclama nuestra Carta Política, ninguna visión del mundo debe primar ni imponerse. Al aceptar la diversidad de culturas y los diferentes sistemas normativos que existen en nuestro país, la Constitución reconoce el pluralismo legal y exige una articulación de éstos últimos de manera que se promueva el consenso intercultural”.

No obstante, como en la actualidad no se ha proferido la ley de coordinación de esta jurisdicción especial indígena con el sistema ordinario judicial; ha sido la jurisprudencia la encargada de concretar, caso a caso, un conjunto de lineamientos y subreglas aplicables al momento de definir dicha relación entre el sistema mayoritario y el derecho propio de los pueblos indígenas.

En este sentido, en el ámbito del cumplimiento de la pena, se han establecido dos alternativas: (i) el derecho a permanecer en pabellones especiales dentro de establecimientos penitenciarios ordinarios; o (ii) permitir a los indígenas condenados por la justicia ordinaria, el cumplimiento de la pena en el resguardo, o viceversa.

Reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios ordinarios

Un indígena puede ser recluso en un establecimiento penitenciario corriente cuando (i) ha sido juzgado y condenado por la jurisdicción penal ordinaria, suponiendo que se cumplen los factores de competencia para el efecto, o (ii) cuando, en virtud del diálogo intercultural entre las jurisdicciones especial y ordinaria, la autoridad indígena que impone la pena privativa de la libertad así lo determina.

En el primer evento, se deben cumplir las siguientes reglas, con el objeto de evitar que se desconozca el derecho a la identidad de los indígenas al ser privados de su libertad en centros de reclusión ordinarios:

“(i) Siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para procesos tramitados en vigencia de la Ley 906 de 2004) o el fiscal que tramite el caso (para procesos en vigencia de la Ley 600 de 2000) deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.”

En relación al segundo supuesto, esto es, cuando las autoridades tradiciones indígenas imponen una pena que consiste en la privación de la libertad y debe ser cumplida por fuera de su territorio, específicamente en un establecimiento del INPEC; la Corte Constitucional, en la sentencia T-208 de 2015, determinó las circunstancias en las que ello es procedente, que pueden resumirse básicamente en tres:

“para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general, debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas y con el fin de evitar el “riesgo de linchamiento” al condenado”.

Cumplimiento de la pena impuesta a un indígena por la justicia ordinaria, en el resguardo

Se ha avalado la posibilidad de que un miembro de una comunidad indígena purgue una sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria en un centro de reclusión de su propio resguardo, pero, bajo el cumplimiento de estos presupuestos fijados por la Corte Constitucional (T-685 de 2015):

“(i) consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio; (ii) verificación de si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, a falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la medida se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993; (iii) el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad, en caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente este beneficio; y (iv) el juez deberá analizar si la conducta delictiva por la cual lo acusan o por la que fue condenado, permite concluir que el traslado del indígena al resguardo pueden poner en peligro a esa comunidad”».

NORMATIVA APLICADA

Ley 65 de 1993 art. 29

Ley 1709 de 2014 art. 3

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia SP380-2023 Rad. 60106 del 13/09/2023

6.9 OBLIGACIONES DEL JUEZ Y DEL INPEC DE VERIFICAR LAS CONDICIONES DEL RESGUARDO INDÍGENA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA PENA IMPUESTA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

Extracto n. ° 38

Número de radicado	:	61400
Número de providencia	:	AP5332-2022
Fecha	:	11/11/2022
Tipo de providencia	:	Auto interlocutorio
Clase de actuación	:	Casación

«En los eventos en que un indígena es juzgado por la justicia ordinaria, la jurisprudencia constitucional estableció la siguiente regla a cargo del juez del caso: «una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993» (T-921 de 2013).

En cumplimiento de esa obligación, la juez de primera instancia solicitó al Personero municipal de Carmen de Atrato que se desplazara hasta la comunidad de Quebrada Bonita a constatar si cuenta con «la infraestructura necesaria para albergar personas condenadas a penas de prisión, con las condiciones adecuadas de dignidad que todo recluso privado de la libertad debe contar», solicitud que fue atendida por el funcionario quien, luego de desplazarse hasta el asentamiento indígena, manifestó que «puedo certificar, que en el territorio donde queda el Resguardo Indígena...no existe Establecimiento Penitenciario (Cárcel), donde se pueda albergar personas condenadas a penas de prisión, con las condiciones adecuadas de dignidad que todo recluso privado de la libertad debe contar».

De esta manera, la negativa a autorizar el cumplimiento de la pena impuesta a JLQA en el resguardo Quebrada Bonita del municipio de Carmen de Atrato no obedeció a los defectos de valoración probatoria del Tribunal sino a la falta de diligencia de la parte interesada en demostrar que en esa comunidad estaban dadas las condiciones para purgar la sanción impuesta».

NORMATIVA APLICADA

Ley 65 de 1993 art. 29

6.10 DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA DEL INDÍGENA CONDENADO EN CASOS CON VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

Extracto n. ° 39

Número de radicado	:	60106
Número de providencia	:	SP380-2023
Fecha	:	13/09/2023
Tipo de providencia	:	Sentencia
Clase de actuación	:	Casación

«El Tribunal resolvió la cuestión de acuerdo al estado actual del arte. La Sala, de lo cual participa el Señor Procurador, agregará lo siguiente:

Como se indicó, a falta de legislación sobre la coordinación entre la jurisdicciones ordinaria e indígena, la Corte Constitucional, ha elaborado una serie de reglas acerca del cumplimiento de la pena impuesta a indígenas que, sin alcanzar el fuero especial, han sido juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria.

Se trata de una jurisprudencia que llena el vacío legal. La Sala ha seguido esas pautas, como lo hizo, entre otras, en la SP del 27 de abril de 2022, rad. 53444. Sin embargo, considera que no se puede hacer una separación conceptual entre el juicio y el incidente en donde se decide, con sujeción al artículo 447 de la Ley 906 de 2004, el quantum de la pena y la forma de ejecutarla.

Desde este punto de vista, el problema a resolver no puede desconocer la tensión que surge entre los derechos de los menores víctimas de agresión sexual a quienes la Constitución Política le dispensa una protección especial, la dignidad y libertad sexual como bien jurídico común a las culturas mayoritarias y ancestrales y el derecho del indígena a obtener un trato diferencial en cuanto a la ejecución de la pena se refiere, para no propiciar “un desconocimiento de la protección constitucional de la que son titulares las niñas y las adolescentes, lo que supondría una transgresión a las normas domésticas e internacionales que propenden por la prevención, investigación, tratamiento y reparación de niñas víctimas de violencia sexual.”

En ese propósito se ha de considerar que el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 prohíbe todo beneficio a los autores, entre otros, de delitos sexuales contra menores, entre ellos, los subrogados penales, la prisión domiciliaria, las rebajas de pena con base en preacuerdos y negociaciones, la aplicación del principio de oportunidad, y advierte que en estos casos la única medida de aseguramiento aplicable durante el curso del proceso es la detención preventiva. De manera que hacer abstracción de la conducta para simplemente verificar datos que aportan los gobernadores de organizaciones indígenas y dar por hecho, con base en esa información, que la pena se debe cumplir en el resguardo, no corresponde a la protección especial en favor de los menores víctimas de conductas sexuales.

Por lo tanto, el examen del derecho a tener un trato diferencial debe ponderar el peso específico que significa el riesgo cierto de causar atrofias significativas en los valores culturales y éticos del indígena condenado y la amenaza concreta que se causaría al afectar su entorno de vida con la reclusión en un Centro de reclusión, y la protección especial que la Constitución dispensa a los menores víctimas de abuso sexual.

Ese juicio en este caso no se hizo. No se podía hacer. Faltaba un elemento sustancial de la ecuación: la prueba del riesgo contra los valores de la etnia y la pertenencia cierta a la comunidad indígena.

De manera que, por estas razones, y las precedentes, el cargo no prospera».

NORMATIVA APLICADA

Ley 1098 de 2006 art. 199

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: SP1370-2022 Rad. 53444. Del 27/04/2022

ANEXO

Relación de decisiones jurisprudenciales tenidas en cuenta para la elaboración de la publicación

No.	Rad.	No. Providencia	Fecha	Clase de Actuación	Tipo de Providencia	Tema
1	14711		14/08/2000	Casación	Sentencia (salvamento de voto)	Antecedentes normativos
2	12043		15/06/1999	Casación	Sentencia	Antecedentes normativos
3	14711		14/08/2000	Casación	Sentencia (salvamento de voto)	La jurisdicción indígena como instrumento de protección
4	44890	SP14851-2015	28/10/2015	Casación	Sentencia	Necesidad de implementación efectiva de mecanismos estatales para el ejercicio real de la jurisdicción indígena
5	34461		8/11/2011	Casación	Sentencia	Límites al reconocimiento de la autonomía de la jurisdicción indígena
6	63595	CP164-2025	16/07/2025	Extradición	Concepto	Instrumentalización de la jurisdicción especial indígena como límite de su ejercicio
7	55941	CP26-2023	15/02/2023	Extradición	Concepto	Instrumentalización de la jurisdicción especial indígena como límite de su ejercicio
8	59245	CP180-2021	10/11/2021	Extradición	Concepto	Instrumentalización de la jurisdicción especial

						indígena como límite de su ejercicio
9	63595	CP164-2025	16/07/2025	Extradición	Concepto (Aclaración de voto)	Análisis del non bis in ídem y límites de oponibilidad de las decisiones indígenas en el procedimiento de extradición
10	55941	CP026-2023	15/02/2023	Extradición	Concepto (Aclaración de voto)	La decisión de la Jurisdicción Especial Indígena como límite constitucional al trámite de extradición por non bis in ídem
11	39444		13/02/2013	Casación	Sentencia	Elementos estructurales de la jurisdicción especial indígena
12	39444		13/02/2013	Casación	Sentencia	Disposición de la comunidad indígena de ejercer su competencia
13	52708	SP3339-2020	9/09/2020	Casación	Sentencia	Elemento institucional u orgánico y disposición efectiva para ejercer la competencia
14	44993	AP3263-2015	10/06/2015	Casación	Auto interlocutorio	Oportunidad para que una comunidad indígena solicite que un proceso sea remitido a su jurisdicción
15	46556	SP15508-2015	11/11/2015	Casación	Sentencia	Fuero y jurisdicción indígenas: concepto y diferencias
16	46556	SP15508-2015	11/11/2015	Casación	Sentencia	Elementos del fuero indígena

17	46556	SP15508-2015	11/11/2015	Casación	Sentencia	Elemento personal del fuero indígena: la aculturación exige la ruptura total del vínculo comunitario y no se presume por educación o vínculos laborales
18	46556	SP15508-2015	11/11/2015	Casación	Sentencia	Elemento institucional: la diferencia entre los sistemas sancionatorios indígena y ordinario debe analizarse a partir de la efectividad del debido proceso y de los derechos de las víctimas
19	46556	SP15508-2015	11/11/2015	Casación	Sentencia	Elemento institucional: la sanción establecida por la comunidad indígena puede ser no privativa de la libertad no es criterio para impedir el ejercicio de la jurisdicción indígena
20	63520	AP2769-2023	13/09/2023	Extradición	Auto interlocutorio	Inaplicabilidad del conflicto de jurisdicciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena en el trámite de extradición
21	63568	AP2878-2023	20/09/2023	Extradición	Auto interlocutorio	Requerimiento probatorio a autoridades indígenas y negativa de suspensión del trámite de extradición
22	61160	AP3450-2022	3/08/2023	Extradición	Auto interlocutorio	Control judicial en la extradición: prueba de oficio para verificar la activación de la jurisdicción indígena

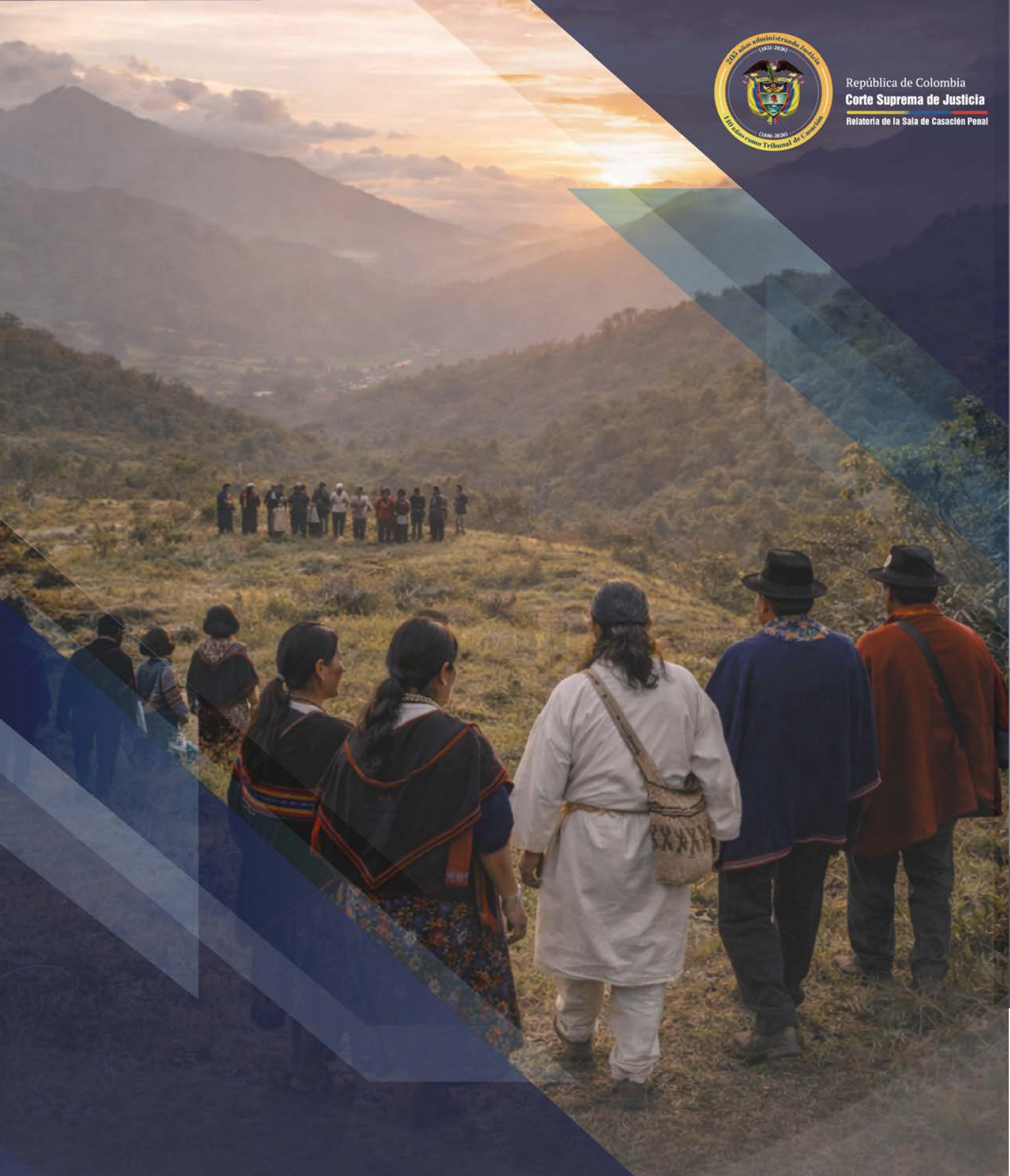
23	59946	CP004-2023	25/01/2023	Extradición	Concepto	Oportunidad procesal para acreditar la calidad de indígena en el trámite de extradición
24	54612	SP5558-2019	12/12/2019	Segunda Instancia	Sentencia	Prevaricato por acción en fallo de tutela: amparo indebido para validar ejecución de pena en resguardo indígena
25	23558		10/08/2006	Única Instancia	Auto interlocutorio	Reconocimiento judicial de la potestad jurisdiccional indígena y atipicidad del desplazamiento forzado
26	47119	SP2943-2017	28/06/2017	Casación	Sentencia	Reconocimiento del acto jurisdiccional indígena en contextos de protesta colectiva
27	32233		16/07/2019	Habeas Corpus	Auto interlocutorio	Improcedencia del hábeas corpus frente a privaciones de la libertad dispuestas por la jurisdicción indígena
28	Gaceta judicial GJ LI, n.º R 006939 , pág. 309 a 313		4/04/1941	Casación	Sentencia	Evolución histórica del tratamiento penal a la persona indígena
29	Gaceta judicial GJ LXIVº, n.º R-006954 , pág. 863 a 866		23/07/1948	Casación	Sentencia	Evolución histórica del tratamiento penal a la persona indígena

30	Gaceta judicial GJ CXXXI V, n.º 2326-2328, pág. 304 a 316		14/05/1970	Casación	Sentencia	Evolución histórica del tratamiento penal a la persona indígena
31	60614	AP198-2023	25/01/2023	Segunda Instancia	Auto interlocutorio	Tratamiento penal diferenciado de las personas indígenas: fuero, inimputabilidad y error de prohibición
32	60614	AP198-2023	25/01/2023	Segunda Instancia	Auto interlocutorio	Oportunidad, alcance y requisitos para la intervención de la máxima autoridad indígena en el proceso penal
33	48136	SP17726-2016	5/12/2016	Casación	Sentencia	Garantía fundamental del derecho al traductor idóneo desde el inicio de la actuación judicial y sus efectos en la validez del proceso
34	49067	SP19338-2017	15/11/2017	Segunda Instancia	Sentencia	Aplicación del principio de enfoque diferencial a las víctimas indígenas del conflicto armado en el marco de la
35	41596		21/08/2013	Casación	Auto interlocutorio	Alcance de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT en la ejecución de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria
36	60614	AP198-2023	25/01/2023	Segunda Instancia	Auto interlocutorio	Ejecución de la pena de personas indígenas: obligaciones de la

						jurisdicción ordinaria para la protección de la identidad cultural
37	53444	SP1370-2022	27/04/2022	Casación	Sentencia	Cómo determinar dónde debe cumplir la pena de prisión un indígena condenado ya sea por la jurisdicción indígena o la jurisdicción ordinaria
38	61400	AP5332-2022	11/11/2022	Casación	Auto interlocutorio	Obligaciones del juez y del INPEC de verificar las condiciones del resguardo indígena para el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria
39	60106	SP380-2023	13/09/2023	Casación	Sentencia	Determinación del lugar de cumplimiento de la pena del indígena condenado en casos con víctimas menores de edad



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Relatoría de la Sala de Casación Penal



JUSTICIA Y PUEBLOS INDÍGENAS

COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL 2025