



Justicia y pueblos indígenas

Jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
PRESIDENTE

EYDER PATIÑO CABRERA
VICEPRESIDENTE

MAGISTRADOS

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
EYDER PATIÑO CABRERA
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Bogotá, D.C, marzo de 2017

DEDICATORIA A:

LA COMUNIDAD INDÍGENA DE COLOMBIA.

Con la presente compilación la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia quiere rendir un homenaje a la comunidad indígena colombiana, exaltando su cultura, sus valores y el tesón con el que han defendido a sus pueblos, y especialmente los principios que los guían en la tarea de administrar justicia en sus resguardos.

AGRADECIMIENTOS

Especial agradecimiento a la Relatora de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y al grupo que la apoyó para lograr esta compilación jurisprudencial sobre el tratamiento jurídico a los indígenas.

PRESENTACIÓN

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estima de importancia entregar este documento, en el que se registra la historia de la jurisprudencia sobre la competencia de quienes deben investigar, juzgar y sancionar a los miembros de una comunidad indígena por los delitos cometidos dentro o fuera de su resguardo.

En la obra se pone a consideración la conceptualización sobre algunos aspectos sustanciales y procesales de obligada consideración, relacionados con las conductas delictivas, la legislación aplicable, el juzgamiento, el fuero, la autonomía política y de autogobierno, la extradición, la expulsión del territorio indígena, la consulta previa, los conceptos de civilización, los límites de la jurisdicción y la competencia, la protección especial de menores, la pena y su cumplimiento y algunos aspectos relacionados con el habeas corpus.

Se presentan las decisiones que han marcado hito en el examen de la conducta de las comunidades indígenas cuando estas trascienden el derecho penal, haciéndose evidente los cambios sustanciales que se han gestado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde 1941.

En esta compilación se pone de presente el desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Penal hasta el 2017, se muestra la evolución del pensamiento en cuanto a la persona del indígena, el trato, su dignidad, los derechos y las garantías que les corresponde.

En las decisiones de la Sala referidas en el capítulo de la evolución histórica del tratamiento penal a la persona indígena, se hace alusión a las comunidades indígenas acudiendo a

expresiones lingüísticas autorizadas en la Ley 89 de 1890, las que hoy por hoy, con los cambios de la jurisprudencia penal, especialmente de esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se afecta la dignidad humana, la diversidad étnica y cultural de los pueblos y la persona indígena, supuestos éstos últimos que nos impone el deber de rectificar, conducta que ya ha asumido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al hacer uso apropiado del lenguaje en las providencias proferidas en los procesos donde algún miembro de las comunidades indígenas resulta involucrado. Se da así aplicación en las providencias a la ética en lenguaje en la argumentación y solución de los problemas jurídicos.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Presidente Sala de Casación Penal

TABLA DE CONTENIDO

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
PRESENTACIÓN	IV

CAPÍTULO I

JURISDICCIÓN Y FUERO INDÍGENAS

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS.....	11
2. FINALIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA	17
3. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE SE PROFIERA UNA LEY QUE ESTABLEZCA LAS FORMAS DE COORDINACIÓN DE ÉSTA CON LAS DEMÁS JURISDICCIONES	18
4. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN..	20
5. LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	21
6. FUERO Y JURISDICCIÓN INDÍGENAS: CONCEPTO Y DIFERENCIAS..	23
7. JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	25
7.1 ELEMENTOS	25

7.2	DISPOSICIÓN DE LA COMUNIDAD INDÍGENA PARA EJERCER LA JURISDICCIÓN ESPECIAL.....	27
7.3	OPORTUNIDAD PARA QUE UNA COMUNIDAD INDÍGENA SOLICITE QUE UN PROCESO SEA REMITIDO A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL.....	28
8.	FUERO INDÍGENA	31
8.1	ELEMENTOS	31
8.2	ELEMENTO PERSONAL: LA ACULTURACIÓN SE DA CUANDO SE ROMPE TODO NEXO CON LA COMUNIDAD INDÍGENA Y SE ADOPTAN LOS USOS Y COSTUMBRES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE, LO CUAL NO OCURRE NECESARIAMENTE POR RECIBIR EDUCACIÓN DE LA COMUNIDAD MAYORITARIA O ESTABLECER VÍNCULOS LABORALES O PROFESIONALES CON ÉSTA.....	34
8.3	DIFERENCIA ENTRE LOS SISTEMAS SANCIONATORIOS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA Y LA SOCIEDAD MAYORITARIA DEBE ESTUDIARSE DESDE ELEMENTO INSTITUCIONAL -SI LA JURISDICCIÓN INDÍGENA HACE EFECTIVOS EL DEBIDO PROCESO DEL ACUSADO Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS-	37
8.4	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	40
9.	RESOLUCIÓN DE CONFLICTO DE JURISDICCIONES PUEDE SER OBJETO DE ANÁLISIS EN SEDE DE CASACIÓN	42
10.	RECONOCIMIENTO Y RESPETO A LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.....	45
11.	ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 8, 9 Y 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT: EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CONFORME AL CÓDIGO PENAL SE PUEDEN FIJAR MECANISMOS DE COORDINACIÓN E INTERLOCUCIÓN PARA QUE SE RESPETE EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DURANTE ESTA ETAPA.....	53
12.	EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 121 DE 1991 NO APLICA A MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO SINO A SANCIONES PENALES.	60

13. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD IMPUESTAS EN EL MARCO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EXCEPCIONALMENTE PUEDEN CUMPLIRSE EN INSTITUCIONES CARCELARIAS ORDINARIAS	61
14. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA IMPROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS INSTAURADO POR PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN RAZÓN A UN PROCESO ADELANTADO POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA... ..	64
15. EXHORTO A AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS PARA QUE PROYECTEN, DESARROLLEN E IMPLEMENTEN LOS MECANISMOS IDÓNEOS PARA QUE AUTORIDADES INDÍGENAS EMPODERADAS DE UN SISTEMA DE DERECHO PROPIO CUENTEN CON LAS HERRAMIENTAS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE SUS CONNATURALES.....	68

CAPÍTULO II

OTRAS TEMÁTICAS

1. GARANTÍA FUNDAMENTAL DE QUE HAYA UN TRADUCTOR DESDE EL INICIO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL <i>-idoneidad de la traducción-</i>	71
2. RESPETO A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DURANTE LA EJECUCIÓN EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO ORDINARIO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD IMPUESTA A UNA PERSONA INDÍGENA – <i>consideraciones respecto a su resocialización-</i>	77
3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO EL INPEC EN EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DE TRASLADAR RECLUSOS LO HACE DE FORMA ARBITRARIA E IRRAZONABLE <i>-caso de traslado de un recluso indígena-</i>	84

4. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ASIGNACIÓN DE PABELLONES EN LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS EN DONDE PERSONAS INDÍGENAS CUMPLEN SU CONDENA	87
5. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN DE PERSONA INDÍGENA	90
6. ALCANCE DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA POLÍTICA Y DE AUTOGOBIERNO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: NO PUEDE HABER INJERENCIA INDEBIDA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO.....	92
7. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTAR MEDIDAS EFICACES PARA PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDADES INDÍGENAS -Caso en que la CIDH impuso medidas cautelares a favor de la comunidad Wayúu-	98
8. MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS ESTÁN EXENTOS DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO.....	101
9. CONSULTA PREVIA.....	107
9.1 Marco constitucional, legal y jurisprudencial de la consulta previa ..	107
9.2 La consulta previa como mecanismo de protección de los derechos de las minorías étnicas	110
9.3 Procedencia de la consulta previa cuando se pretenda adoptar medidas que puedan afectar a las comunidades indígenas o afrodescendientes.....	111
9.4 Procedencia de la consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad pretenda desarrollarse en terrenos que aunque no hayan sido delimitados como territorios indígenas o no se hayan asignado como propiedad colectiva, sí hacen parte del hábitat natural de tales comunidades	112
9.5 Procedencia de la consulta previa frente a medidas administrativas relacionadas con la educación de miembros de grupos étnicos	115

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL A LA PERSONA INDÍGENA

1. JURISPRUDENCIA PROFERIDA ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991	118
---	------------

ANEXO I.....	126
---------------------	------------

CAPÍTULO I

JURISDICCIÓN Y FUERO INDÍGENAS

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

Extracto n. ° 1.

Número de radicado	:	14711
Fecha	:	14/08/2000
Tipo de providencia	:	SENTENCIA (SALVAMENTO DE VOTO)
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 -.

2.- 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

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

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.

4.- 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

5.- 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 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

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.

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

6.- 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.

“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”.

7.- 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.

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.

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

8.- 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”.

9.- 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 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».

NORMATIVIDAD APLICADA:

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

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

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

Decreto 927 de 1990

Decreto 1926 de 1990

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

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

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.”

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 246

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

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

3. EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE SE PROFIERA UNA LEY QUE ESTABLEZCA LAS FORMAS DE COORDINACIÓN DE ÉSTA CON LAS DEMÁS JURISDICCIONES

Extracto n. ° 3.

Número de radicado	:	14711
Fecha	:	14/08/2000
Tipo de providencia	:	SENTENCIA (SALVAMENTO)
Clase de actuación	:	CASACIÓN

« [...] debe analizarse ésta para determinar si su aplicabilidad es inmediata o depende de la “ley que establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” y en qué medida.

La respuesta a tal interrogante que constituye el problema jurídico esencial en el presente asunto, no puede ser sino el reconocimiento de la vigencia inmediata de la norma constitucional con prescindencia de la ley ordinaria que hasta la fecha no se ha dictado.

2.- Los antecedentes constitucionales que se han citado, demuestran claramente que la Jurisdicción Indígena no se creó, sino que se reconoció como derecho de esos pueblos, manteniendo la mayoría social su prevalencia al negar la validez de las normas y procedimientos aborígenes que contradigan la constitución o las leyes de la República.

Pero tal especie de reserva constitucional y legal, no puede llevarse al extremo de negar la vigencia de la propia norma constitucional por la falta de la ley que establezca las formas de coordinación con la jurisdicción nacional, pues una interpretación de tal tenor desconoce el origen de la propia Carta y su carácter pluralista.

[...]

Resulta entonces claro que la existencia de la ley que establezca las formas de coordinación de la Jurisdicción Indígena, no puede condicionar lo que ya la propia Constitución reconoce, el derecho de las autoridades de esos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales, pues la norma superior es tan precisa que especifica los elementos esenciales de ese ejercicio, al limitarlo geográficamente al ámbito de su territorio; y al determinar la autoridad competente para ello: autoridades de los pueblos indígenas.

No depende entonces de la ley el funcionamiento de la Jurisdicción Indígena, pues para ello es suficiente la Constitución. Lo que si depende de la ley es la coordinación de esa Jurisdicción Especial con las demás Jurisdicciones que integran el Sistema Judicial Nacional, pero esa circunstancia - según se deduce de la exposición de la ponencia - no es para yuxtaponer la una a la otra, sino para que haya una integración mutua que establezca reglas generales de operatividad para el adecuado ensamble mutuo de las funciones que cada Jurisdicción ejerce en su ámbito de competencia.

Especialmente indicativo de tal hermenéutica es el texto del artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el que se especifica de la siguiente manera uno de los objetivos de la ley de coordinación: “Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas”, texto que de ninguna manera puede interpretarse como negativo del funcionamiento de la jurisdicción indígena en ausencia de esas leyes.

Ahora bien, el reconocimiento expreso que la Jurisdicción Constitucional, la Disciplinaria y la Ordinaria han hecho de la Jurisdicción Indígena con prescindencia de la ley de coordinación, no exime al Parlamento del deber de presentar un proyecto en tal sentido, compromiso histórico que tienen mayormente los Congresistas Indígenas como representantes de esos Pueblos. Tal responsabilidad realmente se ha soslayado descargándola en el desarrollo jurisprudencial, que aunque soluciona cada caso en concreto, no puede resolver por vía general - como podría hacerlo la ley - todos los supuestos de hecho que pueden generarse a partir del comprometimiento de un indígena en un hecho de carácter criminal o en conflictos de otra naturaleza».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 270 de 1996, art. 12

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 01, abr. 2009, rad. 25794 y CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275

4. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN

. Extracto n. ° 4.

Número de radicado	:	14711
Fecha	:	14/08/2000
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
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 9º 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».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
Ley 21 de 1991

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*”⁷. 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 ».

NORMATIVIDAD 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.

⁷ . Sentencia SU 510/98 de la Corte Constitucional.

6. FUERO Y JURISDICCIÓN INDÍGENAS: CONCEPTO Y DIFERENCIAS

Extracto n. ° 6.

Número de radicado	:	46556
Fecha	:	13/02/2015
Número de providencia	:	SP15508-2015
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 las 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».

NORMATIVIDAD 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

7. JURISDICCIÓN INDÍGENA

7.1 ELEMENTOS

Extracto n. ° 7.

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”⁸.».

NORMATIVIDAD APLICADA:

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

⁸ 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.

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.

7.2 DISPOSICIÓN DE LA COMUNIDAD INDÍGENA PARA EJERCER LA JURISDICCIÓN ESPECIAL

Extracto n. ° 8.

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”⁹.»

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

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

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010.

7.3 OPORTUNIDAD PARA QUE UNA COMUNIDAD INDÍGENA SOLICITE QUE UN PROCESO SEA REMITIDO A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL

Extracto n. ° 9.

Número de radicado	:	44993
Fecha	:	10/06/2015
Número de providencia		AP3263-2015
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».

NORMATIVIDAD 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

8. FUERO INDÍGENA

8.1 ELEMENTOS

Extracto n. ° 10.

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	08/11/2015
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”¹⁰.

¹⁰ «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”¹¹.
- (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 acusado¹²; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos¹³ y La satisfacción de los derechos de las víctimas”¹⁴.

¹¹ «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».

¹² 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”

¹³ 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 social¹³”

¹⁴ 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 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.

- (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.¹⁵ (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

¹⁵ 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.

8.2 ELEMENTO PERSONAL: LA ACULTURACIÓN SE DA CUANDO SE ROMPE TODO NEXO CON LA COMUNIDAD INDÍGENA Y SE ADOPTAN LOS USOS Y COSTUMBRES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE, LO CUAL NO OCURRE NECESARIAMENTE POR RECIBIR EDUCACIÓN DE LA COMUNIDAD MAYORITARIA O ESTABLECER VÍNCULOS LABORALES O PROFESIONALES CON ÉSTA

Extracto n. ° 11.

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	08/11/2015
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)...”¹⁶.

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 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

¹⁶ «Sentencia T-282 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva».

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».

8.3 DIFERENCIA ENTRE LOS SISTEMAS SANCIONATORIOS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA Y LA SOCIEDAD MAYORITARIA DEBE ESTUDIARSE DESDE ELEMENTO INSTITUCIONAL -SI LA JURISDICCIÓN INDÍGENA HACE EFECTIVOS EL DEBIDO PROCESO DEL ACUSADO Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS-

Extracto n. ° 12.

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	08/11/2015
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 aborígen 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.

8.4 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. ° 13.

Número de radicado	:	46556
Número de providencia	:	SP15508-2015
Fecha	:	08/11/2011
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

9. RESOLUCIÓN DE CONFLICTO DE JURISDICCIONES PUEDE SER OBJETO DE ANÁLISIS EN SEDE DE CASACIÓN

Extracto n. ° 14.

Número de radicado	:	34461
Fecha	:	08/11/2011
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«Al Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 256-6 de la Constitución Política, se le atribuyó la facultad de “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. En el artículo 112-2 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, se asignó la función a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, una de las dos en que por decisión del Constituyente se dividió ese organismo de la Rama Judicial.

[...]

Una revisión de la línea jurisprudencial sobre la materia deja claro que la Corte, como mínimo desde el 2 de junio de 1980, estimó “ley del proceso” esas definiciones de competencia por parte de la autoridad judicial encargada de la resolución de los respectivos conflictos, excepto cuando después de adoptadas sobrevinieran hechos nuevos. Así, por ejemplo, en providencia de casación del 22 de noviembre de 1989, expresó:

“Convertida en ley del proceso la asignación de competencia en un conflicto de jurisdicciones, todos los Jueces que con posterioridad a ella intervengan en él, deben respetarla sujetándose a ella, salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento de su prevalencia”.

Más recientemente, en la sentencia de segunda instancia 16482 del 3 de septiembre de 2002, se reiteró el criterio.

[...]

En la sentencia de casación 17550 del 6 de marzo de 2003, se advirtió que para la Corte –en su condición de máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria– “no hay temas vedados dentro del juicio de casación” y que, “de su conocimiento”, en consecuencia, *“no pueden excluirse a priori asuntos, por haber sido resueltos por otras autoridades con vocación de permanencia procesal”*.

[...]

No obstante dichas precisiones, en esa oportunidad la Corte no varió su jurisprudencia sino que conservó la regla de interpretación. De hecho, al plantear el problema jurídico de si se podía anular en sede de casación una actuación por incompetencia del juez al cual se la asignó la autoridad encargada por la Constitución de resolver los conflictos entre jurisdicciones, respondió que sí pero “en casos excepcionales”, únicamente en aquellos donde “las condiciones fácticas o jurídicas cambian y de ellas surge la variación de competencia”. Es decir, exactamente como había acontecido en el asunto en ese momento examinado, donde sobrevino a la definición de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la sentencia C 358/97 de la Corte Constitucional.

[...]

En los autos de marzo 12 de 2008 (radicación 29195) y junio 17 de 2009 (radicación 31945), entre otros, al resolver la Sala conflictos de competencia en trámites donde ya antes otros se habían suscitado y decidido, se mantuvo incólume el criterio jurisprudencial.

[...]

Esa tesis ya no es sostenible, de cara a la función superior de protección de los derechos fundamentales atribuida a la casación. Mucho menos cuando en fallos de revisión de la Sala dictados a partir del 26077 de noviembre 1 de 2007, en los cuales declaró fundada la causal 4ª del artículo 192 de la Ley 906 de 2004¹⁷, se otorgó la competencia a la justicia ordinaria para el trámite de los respectivos procesos, tras considerarse violatorias del derecho al juez natural las definiciones de competencia realizadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a favor de la justicia militar. Y cuando la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha también invalidado determinaciones del mismo tipo por hallarlas contrarias al debido proceso y, además –en el caso de conflictos entre las jurisdicciones indígena y ordinaria decididos a favor de la última-, en razón

de considerar los pronunciamientos lesivos del derecho a la autonomía de las comunidades aborígenes.¹⁸

En conclusión: si en desarrollo del recurso de casación la Corte ejerce el control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, inclusive de oficio, nada en el trámite procesal puede estar exento de examen. La resolución de un conflicto de jurisdicciones dentro de la actuación, en particular, no es un tema extraño al objeto de la impugnación extraordinaria. Esa determinación, por tanto, debe decirse claramente, no cierra de manera definitiva una fase procesal, no tiene el carácter de *ley del proceso* y si bien es cierto soluciona una diferencia en su curso, no es intocable para el Tribunal de casación, aún si luego de su proferimiento no surge una circunstancia fáctica o jurídica que conduzca a modificar la competencia».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP6759-2014; CSJ SP3004-2014; CSJ AP2439-2015; CSJ AP3399-2015; CSJ SP17726-2016;

¹⁸ . Cfr., por ejemplo, sentencias T-552/2003 y T-617/2010.

10. RECONOCIMIENTO Y RESPETO A LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 15.

Número de radicado	:	23558 ¹⁹
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.
- 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.

¹⁹ Esta providencia es de carácter reservado, por lo cual solo se publica y divulga su extracto (art. 64 de la Ley 270)

- 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 prorroga 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 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 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

Constitucional²⁰, 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 5°), 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 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.

NORMATIVIDAD 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

²⁰ Ver, entre otros, sentencia T-254 de 1994.

11. ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 8, 9 Y 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT: EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CONFORME AL CÓDIGO PENAL SE PUEDEN FIJAR MECANISMOS DE COORDINACIÓN E INTERLOCUCIÓN PARA QUE SE RESPETE EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DURANTE ESTA ETAPA

Extracto n. ° 16.

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 Constitucional²¹:

“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”*²².

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

²¹ Sentencia T-635 de 2008.

²² Sentencia T-097 de 2012.

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».

NORMATIVIDAD 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».

12. EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 121 DE 1991²³ NO APLICA A MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO SINO A SANCIONES PENALES.

Extracto n. ° 17.

Número de radicado	:	27660
Fecha	:	07/06/2007
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	HABEAS CORPUS

«[...] entratándose de la Ley 21 de 1.991 y si bien ella prevé ciertamente la posibilidad de que se prefieran sanciones diversas al encarcelamiento, es apenas evidente su improcedente aplicación por cuanto además de que ésta supondría el entorno propio de la jurisdicción indígena lo que ya fue definido por el Consejo Superior de la Judicatura al asignar el conocimiento del correspondiente asunto a la justicia ordinaria, la misma se refiere a sanciones lo cual denota su incompatibilidad con la fase que se cuestiona en tanto se trata de la medida de aseguramiento como medida provisional proferida no para sancionar jurídicamente al sindicado sino para garantizar su comparecencia al proceso y el eventual cumplimiento, ahí sí de la pena.»

NORMATIVIDAD APLICADA

Ley 121 de 1991

²³ Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

13. LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD IMPUESTAS EN EL MARCO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EXCEPCIONALMENTE PUEDEN CUMPLIRSE EN INSTITUCIONES CARCELARIAS ORDINARIAS

Extracto n. ° 18.

Número de radicado	:	88108
Número de providencia	:	STP13482-2016
Fecha	:	20/09/2016
Tipo de providencia	:	
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«[...] se advierte que al actor le fue impuesta la pena privativa de la libertad por la jurisdicción especial indígena, la cual está purgando en una cárcel del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. En esa medida, se percibe que la Corte Constitucional, en pronunciamiento **T-208-2015**, estudió bajo qué condiciones está permitido que las aludidas sanciones se cumplan en establecimientos punitivos del sistema nacional.

En esa decisión, la referida Corporación fijó como **regla general** que cuando la infracción cometida por un indígena implica el desconocimiento de las disposiciones, tradiciones y prácticas de su comunidad, la imposición y vigilancia de las condenas compete a las autoridades nativas, quienes en atención a la autonomía jurisdiccional deben dictar las sanciones que consideren pertinentes de acuerdo con sus costumbres para que sean observadas en su territorio.

Lo anterior, resulta ser así porque la protección constitucional de la jurisdicción especial indígena tiene como propósito reconocer y proteger la diversidad cultural, al igual que preservar el carácter pluralista del Estado colombiano.

No obstante, existen situaciones en las cuales las instituciones aborígenes pueden imponer a sus miembros penas privativas de la libertad, para que ésta sea purgada en una cárcel ordinaria, a pesar que ello suponga que el raizal condenado deba ser separado de su entorno cultural. Esta excepción se justifica para preservar la diversidad cultural misma, o para proteger bienes jurídicos que tengan un valor constitucional mayor.

De tal manera, **excepcionalmente** se acepta que el raizal sea entregado por las superioridades de su resguardo o de su territorio al sistema penitenciario y carcelario nacional. Esta posibilidad resulta constitucionalmente aceptable por las siguientes razones:

(i) **Para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la colectividad en general**, pues, en ocasiones los indígenas condenados amenazan con tomar retaliaciones contra las autoridades o contra miembros de la comunidad. De esa manera, resulta necesario el aislamiento del indígena de la comunidad y de su territorio, para así evitar la agudización de conflictos internos.

(ii) **Debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas**, donde los citados territorios no cuentan con una estructura carcelaria propia. En lo que concierne a esta excepción, la Corte Constitucional en la Sentencia T-239 de 2002, destacó que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos e instalaciones de prisiones.

Por ende, hasta tanto las comunidades cuenten con las instalaciones propias necesarias para la ejecución de medidas privativas de la libertad, es obligación del Estado, a través de sus autoridades, colaborar con aquella. Por ejemplo: al prestar sus instalaciones físicas carcelarias, mientras la jurisdicción indígena puede avanzar en su consolidación.

(iii) **Con el fin de evitar el «riesgo de linchamiento» al condenado**, pues, en algunos casos, cuando la comunidad se siente muy ofendida por el delito que se ha cometido, cuando prevé que el infractor no va a ser castigado, o cuando la colectividad enfrenta un riesgo por parte de un agente externo o de un factor estructural ajeno a su control, puede llegar a ejercer una especie de «justicia por propia mano», agrediendo al presunto infractor públicamente.

En suma, se reitera que, por **regla general**, las autoridades indígenas, en atención a su autonomía jurisdiccional, deben juzgar y ejecutar las penas de los miembros infractores al interior de su comunidad. Sin embargo, existen algunos casos en los que **excepcionalmente** se justifica que dichos agentes tradicionales no vigilen la condena dentro del grupo, para salvaguardar intereses de superior jerarquía.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ STP11597-2015 y CC T-208-2015

14. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA IMPROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS INSTAURADO POR PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN RAZÓN A UN PROCESO ADELANTADO POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 19.

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».

NORMATIVIDAD 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

15. EXHORTO A AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS PARA QUE PROYECTEN, DESARROLLEN E IMPLEMENTEN LOS MECANISMOS IDÓNEOS PARA QUE AUTORIDADES INDÍGENAS EMPODERADAS DE UN SISTEMA DE DERECHO PROPIO CUENTEN CON LAS HERRAMIENTAS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE SUS CONNATURALES

Extracto n. ° 20.

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 Cultura²⁴, de Justicia y del Derecho²⁵ y del Interior²⁶ y, de

²⁴ 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).

²⁵ 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.

²⁶ 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.

otro, el Consejo Superior de la Judicatura²⁷, 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 Lomapieta, 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.»

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 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.

²⁷ 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).

CAPÍTULO II

OTRAS TEMÁTICAS

1. GARANTÍA FUNDAMENTAL DE QUE HAYA UN TRADUCTOR DESDE EL INICIO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL –*idoneidad de la traducción*–

Extracto n. ° 21.

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 inculcado 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 13²⁸, 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.*²⁹ (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 minoritarios³⁰.

[...]

En aras de facilitar la aplicación de la trascrita 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 prohirieron 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 particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga*

²⁸ 21º periodo de sesiones 1984.

²⁹ 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.

³⁰ 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.

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 dijo³¹– 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 distintos³². 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–.

[...]

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

³¹ Cfr. record 06:41, primer registro, disco compacto 2.

³² Cfr. record 29:50, disco compacto 4.

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».

NORMATIVIDAD 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

2. RESPETO A LA DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DURANTE LA EJECUCIÓN EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO ORDINARIO DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD IMPUESTA A UNA PERSONA INDÍGENA – *consideraciones respecto a su resocialización*–

Extracto n. ° 22.

Número de radicado	:	88108
Número de providencia	:	STP13482-2016
Fecha	:	20/09/2016
Tipo de providencia	:	
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«[...] en la Sentencia C-394-1995, se analizó la constitucionalidad de algunas normas del Estatuto Carcelario, entre ellas el artículo 29 regula las condiciones especiales de prisión para algunas personas como los indígenas. En aquella ocasión, la Corte Constitucional consideró que los aborígenes no debían ser internados en establecimientos penitenciarios corrientes si eso significaba un atentado contra sus valores culturales.

Sobre el aislamiento de los indígenas en centros especiales de reclusión, sostuvo: *«Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales»*.

Por su parte, la Sentencia T-669-2011 precisó que si las entidades nacionales e indígenas no han establecido mecanismos de cooperación en materia de ejecución de penas privativas de la libertad, al juez constitucional le corresponde establecer unas pautas al respecto; situación distinta cuando las partes cuentan con un acuerdo para ese fin, evento en el cual la jurisdicción constitucional debe intervenir en caso de incumplimiento.

La Sentencia T-097-2012, resaltó que cuando las instituciones indígenas soliciten que la pena sea purgada en cárceles ordinarias, se deben establecer instrumentos 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**, puesto que en una

sociedad pluralista ninguna visión del mundo puede primar o imponerse, pero sí debe promoverse el consenso intercultural.

Adicionalmente, en la **Sentencia T-921-2013**, la señalada Corporación sostuvo que la aludida variedad de los aborígenes privados de la libertad debe protegerse independientemente que se aplique en el caso concreto el fuero que los gobierna, el cual 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 formación de un sujeto de derecho, quien, independientemente del lugar de reclusión, debe conservar sus costumbres, pues, de lo contrario la resocialización occidental de los centros de prisión operaría como un proceso de pérdida masiva de su idiosincrasia.

En ese orden, en la Sentencia T-975-2014 se resolvió si se vulneraba el derecho fundamental al debido proceso de un miembro de la célula indígena Munchique Los Tigres, al no habersele juzgado con la intervención de las autoridades de su comunidad y al haber sido recluido en un establecimiento ordinario.

Al resolver el caso concreto, la citada Corte concluyó que no era posible acceder a la solicitud del accionante de cumplir su pena al interior de su agrupación, por cuanto el jefe del resguardo en comento no dio su consentimiento para que el peticionario fuese trasladado, a pesar de haber sido consultado en dos ocasiones sobre el tema, tal como lo exige la Sentencia T-921 de 2013. Además, las circunstancias específicas que rodearon la comisión de la conducta punible permitieron concluir que el traslado del actor al resguardo podía poner en peligro a esa colectividad, pues, el demandante en ese evento fue condenado por un acto dirigido por un grupo organizado al margen de la ley.

Por último, en la Sentencia **T-642-2014**, recordó que en virtud del notorio estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria, declarado por esa Corporación hace más de 16 años, se hace necesario reiterar la obligación legal de proveer establecimientos de prisión exclusivos para sujetos de especial protección, como los aborígenes, quienes independientemente de la jurisdicción aplicable, deberían purgar la pena en establecimientos **con enfoque diferencial** o, en su defecto, en un lugar nativo.

Lo precedente, para que se propicie la operancia plena de esa justicia extraordinaria, el control de sus propias instituciones de las formas de castigo, **con el fin de mantener y fortalecer los rasgos, lenguas y tradiciones indígenas que forman parte de la idiosincrasia del Estado Colombiano**. En ese fallo, la mencionada Colegiatura precisó que la falta de esa orientación puede traer:

[U]na consecuencia nefasta e involutiva para los pueblos indígenas, toda vez que al no admitirse diferenciación carcelaria en los establecimientos de reclusión, eventualmente la cultura occidental mayoritaria absorbería a la cultura indígena minoritaria; aquella a través de un proceso de asimilación forzoso terminaría imponiendo un mismo sistema social, económico, cultural y jurídico al momento de ejecutar la pena, lo cual lamentablemente propiciaría que los miembros de comunidades indígenas se incorporen a un esquema de reclusión penal fundado en funciones -de protección, prevención especial, curación, tutela, rehabilitación y reinserción social-, que necesariamente no compaginan con las costumbres tradicionales y culturales de castigo que emplean los distintos pueblos indígenas. (Énfasis fuera de texto).

Ahora bien, sobre la forma cómo deben ejecutarse las condenas impuestas a los comuneros por las autoridades indígenas en establecimientos carcelarios del Estado, de manera que la prisión preserve su identidad cultural, no existe en nuestro país una regulación específica, pues, la Ley 65 de 1993 (Código Penitenciario y Carcelario), se refiere a la reclusión en casos especiales, de la siguiente forma:

*Artículo 29. Reclusión en casos especiales. Cuando el hecho punible haya sido cometido por (...) **ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado.** Esta situación se extiende a los ex servidores públicos respectivos. (Negrilla fuera de texto).*

Por su parte, en la modificación al Código Penitenciario y Carcelario colombiano, contenida en la Ley 1709 de 2014, se adicionó un nuevo artículo en lo referente al «*principio de enfoque diferencial*»:

*Artículo 3A. Enfoque diferencial. El principio de enfoque diferencial **reconoce que hay poblaciones con características particulares** en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, **etnia**, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque. (Negrilla fuera de texto).*

Concretamente, sobre el tema en comento, es importante resaltar que existe una Directiva Permanente del INPEC (000022 del 6 de diciembre de 2011), cuya finalidad es impartir a sus funcionarios instrucciones que permitan garantizar el respeto, reconocimiento e inclusión social a la población indígena privada de la libertad en establecimientos de reclusión del orden nacional, sin menoscabar la seguridad de las cárceles. Entre las misiones

que deben realizar los directores de los establecimientos de reclusión, que se encuentran plasmadas en dicha directiva, cabe destacar:

- Facilitar el contacto del interno indígena con la autoridad representativa de la comunidad a la que pertenece y sus familiares, encontrando un justo equilibrio entre los parámetros establecidos en el régimen interno y la prevención del desarraigo cultural.
- Apoyar las acciones desarrolladas por las autoridades y organizaciones indígenas al interior de los establecimientos de reclusión, y apoyo presupuestal, según la disponibilidad existente conforme a la asignación que se realiza desde el nivel central.
- Gestionar la colaboración de organizaciones indígenas legalmente reconocidas, dedicadas al trabajo en pro del bienestar de esta población en reclusión, en el desarrollo de actividades de acompañamiento o asistencia para los mismos.
- Establecer convenios de cooperación interinstitucional entre el INPEC y otros estamentos públicos y privados, que permitan brindar el apoyo requerido a la población perteneciente a grupos indígenas.
- Impartir instrucción al personal bajo su dirección, sobre el marco legal y jurisprudencia para el tratamiento de la población indígena, en los cuales han abordado, entre otros temas: el reconocimiento de las comunidades indígenas como sujetos de derechos fundamentales, el reconocimiento a la autonomía y jurisdicción indígena, el cumplimiento de las penas impuestas por jurisdicción especial indígena en establecimientos de reclusión del orden nacional y la existencia de beneficios en condenas impuestas por la jurisdicción indígena. (Énfasis fuera de texto).

En atención a lo expresado, la Corte Constitucional acepta que la internación de los aborígenes en penales del sistema penitenciario y carcelario nacional no vulnera su derecho a la integridad cultural, **pero** aclara que dicho aislamiento debe darse en establecimientos donde existan **programas que permitan una prisión étnica y culturalmente diferenciada, que necesariamente compagine con sus costumbres tradicionales y culturales.**

Así las cosas, la Sala comparte el criterio empleado por la encargada de la guarda y supremacía de la Constitución, en el sentido que en aquellos eventos en los cuales la ejecución de la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción especial indígena deba llevarse a cabo en un establecimiento carcelario del sistema ordinario, **dicho ente debe velar para que no se afecte la integridad cultural del sentenciado.** En aras de lograr que ello sea así, **resulta obligatoria la participación y el acompañamiento de las autoridades tradicionales.**

Al momento de ejecutar el correctivo, los comuneros indígenas deben incorporarse a un sistema de reclusión penal fundado desde las concepciones de rehabilitación y resocialización. Sin embargo, las autoridades punitivas no tienen por qué conocer las costumbres particulares de las comunidades a las que pertenecen los reos nativos.

En esa medida, el sistema penitenciario no está capacitado para garantizar que esta **resocialización** sea la apropiada para que, al cumplirse la pena, el condenado pueda volver a vivir en su colectividad. **Esta es una función que les corresponde cumplir –exclusivamente– a las autoridades del resguardo o territorio indígena del cual proviene el condenado.**

Es necesario recordar que las instituciones de los pueblos en comento son entidades que prestan el servicio público de administración de justicia. Por lo tanto, tienen el deber constitucional de asumir una serie de obligaciones dirigidas a preservar la integridad cultural de sus comunidades, así como de sus miembros, manteniendo y promoviendo sus propias costumbres, tradiciones y prácticas, **incluso más allá de los límites de sus respectivos territorios dentro de las cárceles a las cuales envían a sus miembros.**

Cuando las autoridades tradicionales, en ejercicio de su autonomía, juzgan a los miembros de la colectividad y los condenan a penas privativas de la libertad que deben cumplir en cárceles del sistema nacional, **tienen la obligación correlativa de garantizar que tales integrantes de la comunidad cuenten con las herramientas necesarias para preservar su cultura al interior del centro carcelario**, de manera que la condena impuesta no se traduzca en una pérdida cultural.

Lo expuesto, busca acreditar que los indígenas condenados por la jurisdicción especial que estén confinados en penitenciarias nacionales tengan todos los medios disponibles para poder vivir nuevamente en sus territorios, con sus grupos étnicos, de conformidad con sus usos y costumbres, bajo el mando de sus autoridades. Esta forma de resocialización pretende, en últimas, garantizar la integridad cultural de sujetos que se encuentran privados de su libertad por fuera de su contexto cultural y, por lo tanto, expuestos a un mayor grado de vulnerabilidad³³.

Con todo, ésta es una función que corresponde de manera **exclusiva** a las autoridades indígenas del resguardo o territorio en el cual se encuentre censada el sujeto privado de la libertad. Ellas conocen su cultura mejor que

³³ En la Sentencia T-921-2013 se expresó, además: «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.»

cualquier persona o institución y, por lo tanto, sólo ellas están en capacidad de determinar cómo deben resocializarse sus pares condenados.

Más aun, son ellas las competentes para imponer las respectivas sanciones y, por ende, están en aptitud de determinar cuándo se han regenerado. Mal podría solicitársele a un juez de ejecución de penas, o a un funcionario del INPEC, que tome esta determinación. Lo contrario, limitaría indebidamente la autonomía de las autoridades ancestrales, lo cual debilitaría el ejercicio de la jurisdicción especial.

La ejecución de las penas autónomamente definidas por la jurisdicción especial en cita corresponde primordialmente a las instituciones tradicionales. Éstas deben vigilar que se cumpla la finalidad de la condena que impusieron y velar por la preservación de la integridad cultural de los miembros de la comunidad. Para ello, deben garantizarles a los aborígenes internados una vía para que su resocialización garantice su integridad cultural, es decir, su reintegración a la colectividad perteneciente.

Por su parte, en la ejecución material de la sanción coercitiva de los nativos, también debe participar el Instituto Penitenciario y Carcelario, pues, al recibir a los indígenas condenados por la jurisdicción especial en sus instalaciones, el INPEC asume la obligación correlativa de supervisar dicha reclusión conforme a la regulación específica que dicte el Legislador o a las directivas que esa misma entidad profiera.

Sin embargo, la posibilidad constitucional que las penas privativas de la libertad, impuestas por las instituciones tradicionales, se efectúen en cárceles ordinarias, no puede representar en ningún caso que el INPEC o ninguna otra autoridad del Estado pueda o deba decidir cómo o cuándo un indígena se ha resocializado. Tampoco puede significar que las organizaciones tradicionales puedan desprenderse de sus responsabilidades indelegables en relación con el cumplimiento de sanciones en cárceles ordinarias.

De esa forma, la Sala comparte el criterio utilizado por la Corte Constitucional, consistente en que la “*invisibilización*” del aborígen internado en prisiones del sistema nacional no puede darse en las instancias encargadas de la ejecución de la pena. Por el contrario, ellas deben contribuir a la construcción de un **proceso de resocialización étnicamente diferenciado**, el cual permite que el indígena, a pesar de ser excluido de su territorio y de su comunidad durante el tiempo de la condena, pueda vincularse nuevamente a su entorno cultural específico una vez la haya purgado.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 65 de 1993, art. 29

Ley 1709 de 2014, art. 3A

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ STP11597-2015

3. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA CUANDO EL INPEC EN EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DE TRASLADAR RECLUSOS LO HACE DE FORMA ARBITRARIA E IRRAZONABLE –*caso de traslado de un recluso indígena*–

Extracto n. ° 23.

Número de radicado	:	88108
Número de providencia	:	STP13482-2016
Fecha	:	20/09/2016
Tipo de providencia	:	
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«[...] resulta necesario advertir que, con base en lo previsto en el artículo 73 de la Ley 65 de 1993 y en el parágrafo 2° del artículo 53 de la Ley 1709 de 2014, la licencia para determinar el sitio de reclusión y la distribución de los internos se encuentra en cabeza del INPEC, pues, las decisiones sobre dicho tema deben estar fundadas en el conocimiento directo e inmediato de la situación concreta del penado y de las condiciones existentes en los establecimientos penitenciarios, teniendo en cuenta factores como (i) la población carcelaria, (ii) la disponibilidad física, (iii) la infraestructura del sitio y (iv) las condiciones de seguridad, lo que en principio impediría al juez de tutela interferir en la decisión que dicha autoridad adopte.

El anterior criterio no resulta novedoso, si se tiene en cuenta que la jurisprudencia nacional (CC T-435-2009), ha señalado que:

[...] la facultad de traslado de presos tiene naturaleza discrecional. Por ello, en principio, tal naturaleza impide que el juez de tutela interfiera en la decisión. Sin embargo, la discrecionalidad no se traduce en arbitrariedad, y por tanto, ésta debe ser ejercida dentro de los límites de la razonabilidad y del buen servicio de la administración.

En otras palabras, la discrecionalidad es relativa porque, tal y como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, no hay facultades puramente libres en un Estado de Derecho. En virtud de ello, se ha manifestado por esta Corporación, al resolver esta clase de conflictos, que el juez de tutela no puede interferir en las decisiones sobre traslados, a no ser que observe una arbitrariedad o una vulneración de las libertades fundamentales del reo.

Así mismo, ha sostenido que cuando no se vislumbra la violación de una garantía constitucional, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es la vía procedente para atacar la actuación. En este sentido, la **regla general** ha sido el respeto de la facultad discrecional del INPEC, **salvo** que se demuestre que en su ejercicio fue irrazonable o se desconocieron ciertas prerrogativas supralegales.

[...]

[...] la entidad penitenciaria y carcelaria de la Nación, 2 años después de haber sido capturado el señor YG, en uso de su facultad discrecional, ordenó remitirlo al EPAMS La Dorada (Caldas). Posteriormente, mediante Resolución N°. 903219 del 29 de julio de 2016³⁴, dispuso enviarlo al Pabellón 10A de ese mismo centro de reclusión, en atención a sus «condiciones especiales (...) (INDÍGENA)».

De acuerdo con lo referido por el propio resguardo al que pertenece el actor, se advierte que éste, por estar confinado en el actual sitio de prisión, ha decaído el «*acompañamiento por parte del consejo (sic) [de Conciliación y Justicia del cabildo descrito], la carencia del apoyo familiar y la ausencia del proceso cultural*»³⁵.

Se le otorga plena credibilidad a la anterior afirmación, pues, fue emitida por una autoridad especial cuyo único interés en este asunto es la conservación de su cosmovisión, circunstancia ampliamente amparada por la Constitución Política, aunado a que el demandante, en su libelo introductorio, adujo que su linaje no cuenta con recursos para transportarse de su lugar de residencia (Jardín - Antioquia) a La Dorada – Caldas, para ser visitado, narración que constituye una negación indefinida y que lo releva de prueba, conforme lo establecido por la jurisprudencia constitucional.

Lo precedente, sin dubitación alguna, permite sostener a la Sala que la actuación desplegada por el INPEC, consistente en trasladar al señor YG del centro de reclusión inicial, en el cual estaba cerca de su comunidad étnica y familiar, al que está situado hoy día, lejos de ellos, instituye un obrar caprichoso y arbitrario, pues, a sabiendas que se trata de un sujeto de especial protección, por su condición de indígena y de estar privado de la libertad, desconoció la abundante jurisprudencia existente sobre la temática e, incluso, la Directiva Permanente 0022 del 6 de diciembre de 2011, emitida por esa misma institución.

³⁴ Ver folios 65 a 66 ibídem.

³⁵ Ídem.

En ese orden lógico, se advierte que el trato brindado por el INPEC al accionante no fue con el debido **enfoque diferencial** que merece, en aras de preservar su idiosincrasia al interior del penal y garantizar, de esa forma, su adecuada **resocialización**, porque distanciar al demandante de las autoridades de su colectividad nativa y su familia se erige como una afectación a la **integridad cultural del sentenciado**, pues, se le está coartando la oportunidad de mantener y fortalecer sus rasgos, lenguas y tradiciones indígenas que forman parte del pluralismo del Estado colombiano: obligación de los entes demandados.

Así las cosas, resulta evidente que estamos en presencia de la excepción contemplada por esta Corporación para permitir la intromisión del juez constitucional en las decisiones de traslado efectuadas por el INPEC a los internos, vía acto administrativo, pues, es diáfano que al ciudadano AYA se le está lesionando su garantía constitucional de la identidad cultural al ser alejado de su comunidad indígena y familia.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 65 de 1993, art. 73

Ley 1709 de 2014, art. 53-2

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T-435-2009

4. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA ASIGNACIÓN DE PABELLONES EN LOS ESTABLECIMIENTOS CARCELARIOS EN DONDE PERSONAS INDÍGENAS CUMPLEN SU CONDENA

Extracto n. ° 24.

Número de radicado	:	81148
Número de providencia	:	STP11597-2015
Fecha	:	25/08/2015
Tipo de providencia	:	
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«[...] la Corte Constitucional, en análisis de un caso similar al que ocupa el estudio de la Sala, también promovido por indígenas privados de la libertad en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de San Isidro, Popayán, en lo que respecta a la creación de un pabellón especial, atendiendo sus características étnicas, puntualizó:

Sobre ese asunto, el Subdirector del EPAMSCASPY informó que los indígenas condenados por jurisdicción especial se encuentran reclusos en el pabellón N° 1, el cual corresponde a una instalación especial conforme a lo preceptuado en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993. Explicó que no es posible para el establecimiento penitenciario destinar un pabellón para cada uno de los grupos vulnerables, pues no quedaría espacio para la población carcelaria general, dada la situación de hacinamiento que actualmente presentan las cárceles del país.

Aclaró que “nunca ha negado a las comunidades los medios para la conservación de los usos y costumbres, ha facilitado la integración de los reclusos con sus gobernadores, que en momento alguno ha prohibido las manifestaciones culturales y que ha accedido a solicitudes en tal sentido, por ejemplo el ingreso de chamanes y la realización de rituales.”

Por su parte, debe tenerse en cuenta que el informe de la Defensoría del Pueblo a pesar de establecer que los centros penitenciarios y carcelarios del país no cuentan con las características específicas indispensables para el respeto efectivo de la integridad cultural de la población indígena, reconoció que los establecimientos de La Dorada, Popayán y Cali sí han destinado espacios especiales para su reclusión.

Esto fue corroborado en relación con Popayán en la inspección judicial realizada por esta Corporación a las instalaciones del EPAMSCASPY.

De esa manera, los indígenas tienen derecho a ser reclusos en espacios especiales, lo cual no quiere decir que deban ser reclusos en recintos exclusivos. Lo importante es que se encuentren ubicados en un pabellón donde se garantice en la mayor medida posible la conservación de sus usos y costumbres, y que se lleve a cabo un acompañamiento de las autoridades tradicionales de los resguardos o territorios a los que pertenecen.

Además, la Corte no puede ordenar la reclusión de los accionantes en un pabellón exclusivo, pues: 1) de las pruebas realizadas no se establecieron elementos de juicio para concluir que la ubicación de los demandantes en el Patio 1° de EPAMSCASPY vulnera los derechos a la integridad física y cultural de los accionantes, 2) la Corporación no puede desconocer que el sistema penitenciario y carcelario colombiano se encuentra en un estado de cosas inconstitucional desde 1998³⁶, y que nuevamente la Corte ha declarado el estado de cosas inconstitucional en esta materia³⁷, por lo que mal haría esta Sala al proferir órdenes estructurales que propicien el hacinamiento de la población carcelaria en general, y 3) los peticionarios sí se encuentran reclusos en un pabellón especial con otros sujetos de protección especial como lo son la comunidad LGBTI y las personas de la tercera edad.

Entonces, la reclusión especial de los indígenas no implica que deban ser ubicados en recintos exclusivos, sino que los establecimientos penitenciarios, con la permanente colaboración de las autoridades tradicionales, deben hacer efectivo el principio superior de respeto por la diversidad étnica y cultural consagrado en la Constitución.

[...]

³⁶ Recuérdese que la Corte Constitucional en la Sentencia T-153 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) declaró de manera general que la situación de hacinamiento en los establecimientos penitenciarios y carcelarios del país configura un *estado de cosas inconstitucional*, que conlleva a la vulneración masiva de derechos fundamentales de los reclusos. Por su parte, mediante Auto 041 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa) esta Corporación denegó la solicitud de abrir un incidente de desacato con ocasión de las órdenes impartidas en la referida T-153 de 1998, pero ordenó dar traslado de esa solicitud al Presidente de la República, al Procurador General de la Nación, al Defensor del Pueblo, a la Contralora General de la República, al Ministro del Interior y de Justicia y al Director General del INPEC, para que adoptaran las medidas correspondientes, de acuerdo con sus competencias constitucionales y legales, como la construcción de más y mejores centros carcelarios o la adopción de políticas diversas.

³⁷ Ver Sentencia T-388 de 2013 (M.P. María Victoria Calle Correa).

[...] en relación con la solicitud de asignación de un pabellón especial para los accionantes, dada su condición de indígenas, debe decir la Sala que no observa que el establecimiento carcelario de Popayán no haya advertido tal situación, pues lo cierto es que los demandantes, precisamente por su identidad étnica y cultural, no se encuentran reclusos con la mayoría de la población, sino que a ellos se los ubicó en un pabellón diferente, donde también se encuentran internos en condiciones especiales de reclusión.

De manera que, materialmente no se puede concluir en la vulneración de su derecho a la identidad étnica y cultural por la falta de creación de un pabellón especial para la población indígena, cuando fue en vista de ello que se les asignó uno diferente, respecto del cual, se precisa que no atañe a que sea exclusivo.

5. CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN DE PERSONA INDÍGENA

Extracto n. ° 25.

Número de radicado	:	20289
Fecha	:	26/11/2003
Tipo de providencia	:	AUTO INTERLOCUTORIO
Clase de actuación	:	CAMBIO DE RADICACIÓN

«La Sala no acoge los argumentos del defensor consistentes en que la calidad del indígena del requerido impide que la Corte rinda concepto favorable a la extradición, ya que teniendo como base el trámite legal de la extradición pasiva y la naturaleza jurídica de este instituto – como instrumento legal de colaboración entre la comunidad internacional en la lucha contra el crimen -; dicha calidad no guarda ninguna conexión con los elementos del concepto, además en orden a los normado por el artículo 35 de la Carta Política, la extradición de los colombianos de nacimiento, se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación colombiana, sin que excluya de ella a los indígenas.

[...]

No sobra precisar, finalmente, que acorde con el artículo 246 de la Carta Política, que consagra la jurisdicción especial indígena, dentro de sus presupuestos está que los hechos delictivos hayan ocurrido en territorio de la comunidad indígena, y en este caso los anexos evidencian que la conducta que fundamenta la solicitud tuvo ocurrencia cuando menos parcialmente en los Estados Unidos, eventos en los cuales procede la extradición si así lo considera conveniente el Gobierno Nacional».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 794 de 2.003, art. 259

Ley 733 de 2.002

Ley 600 de 2.000, arts. 398, 511, 512 y 513

Constitución Política de Colombia 1.991, arts. 35 y 246

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ AP, 24 en. 2002, rad. 18701

6. ALCANCE DEL DERECHO A LA AUTONOMÍA POLÍTICA Y DE AUTOGOBIERNO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS: NO PUEDE HABER INJERENCIA INDEBIDA DE LAS AUTORIDADES DEL ESTADO

Extracto n. ° 26.

Número de radicado	:	75621
Número de providencia	:	STP13239-2014
Fecha	:	25/09/2014
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«La Constitución Política, en el artículo 86, estableció la tutela como un mecanismo extraordinario, preferente, subsidiario y residual que tiene por objeto la protección de manera efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, ante su vulneración o amenaza, proveniente de la acción u omisión atribuible a las autoridades públicas o de los particulares, en los casos que la ley regula, siempre que el interesado no cuente con otros medios de defensa judicial.

El precepto 7° *ejúsdem* prevé que el Estado reconoce y protege la «*diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*»

Del anterior lineamiento constitucional se desprende un extenso marco de regulación a partir del cual se consolida la protección y el alcance de la diversidad étnica y cultural. Dicho marco involucra, a grandes rasgos, el reconocimiento de los territorios indígenas como ámbitos geográficos y políticos de consolidación cultural, el reconocimiento también de sus autoridades, de sus usos y costumbres, de la jurisdicción especial indígena y de la participación de estos pueblos en los escenarios democráticos nacionales y territoriales del Estado colombiano³⁸.

La Corte Constitucional en múltiples oportunidades ha resaltado que a las comunidades indígenas y a sus integrantes se les debe respetar los derechos a la autonomía política o autogobierno, los cuales constituyen una garantía fundamental para el desarrollo de sus usos y costumbres.

Al respecto, en sentencia CC T-973/09, dijo:

(...) **6. La autonomía política y el autogobierno indígena.**

³⁸ Cfr. Sentencia T-728 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

6.1. La autonomía de las comunidades indígenas en general, se concibe como la capacidad que tiene un grupo étnico de darse su propia organización social, económica y política. Desde tal perspectiva, puede ser entendida como el derecho que tienen tales pueblos a decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico, de acuerdo con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley. Lo anterior, teniendo en cuenta que el pluralismo y la diversidad no son ajenos a la unidad nacional³⁹, ni a los valores constitucionalmente superiores⁴⁰, que vinculan a todos los colombianos.

Así, la autonomía indígena se garantiza en tres ámbitos de protección diversos, ligados a distintos factores de interacción, según se trate de asuntos internos o externos a la comunidad. **En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan.** Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración.

[...]

Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución⁴¹. En la sentencia T-778 de 2005

³⁹ Sentencia T-254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁰ Sentencia T-811 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴¹ En lo concerniente al derecho a la participación política en la circunscripción nacional, la Corte ha destacado que la sujeción de los pueblos indígenas a ciertas reglas establecidas por el legislador para el desarrollo del debate electoral en el ámbito de sus competencias nacionales, -esto es con relación a sus representantes en el Congreso de la República -, no afecta la autonomía de tales entidades, ni la protección de su identidad cultural, pues no se trata de aspectos internos relacionados con las garantías de autogobierno y autodeterminación, sino de la forma en que estas comunidades acuden a la conformación del poder público del Estado, en condiciones de igualdad. Al respecto puede verse la sentencia C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz. En otra oportunidad, en la sentencia T-755 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte estudió el caso de la candidata al Consejo Distrital de Bogotá, Ati Quigua, y adelantó un excepción etnocultural, a la edad de la participante en el proceso electoral nacional, por considerar prevalecientes sus condiciones de diversidad frente a las restricciones de ley. A nivel internacional y a título

(M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se precisó sobre el particular, que en materia de representación política, existe norma constitucional expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas y concede una protección a las comunidades, a fin de asegurarles un mínimo de representación a nivel nacional (C.P. arts. 171 y 176).

[...]

Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva⁴².

(...)

6.3. En cuanto a la autonomía política o el derecho al autogobierno indígena, que es el tema relevante particularmente para esta tutela, se acepta hoy por la legislación internacional y comparada, que los pueblos indígenas y tribales pueden controlar su propio desarrollo político a través de sus instituciones propias y autogestionarse en materias internas y locales. Ese reconocimiento supone la admisión de que, independientemente de las creencias y costumbres de estas comunidades, se impone un respeto por su autonomía

de ejemplo, en un caso sometido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la organización indígena YATAMA de Nicaragua, reclamó la violación del Convención Americana de Derechos Humanos, por la restricción legal que se les impuso de participar en las elecciones nacionales únicamente a través de partidos políticos. El tribunal internacional consideró que la figura del partido político era ajena a los usos y costumbres de esa organización indígena en ese país e implicaba “un impedimento para el ejercicio de ser elegido”.⁴¹ Asimismo la Corte Interamericana dispuso en esa providencia, que los requisitos para la participación política que sólo puedan ser cumplidos por los partidos políticos, pero no por agrupaciones con diferente organización, entre ellos los pueblos indígenas, es contraria al derecho a la igualdad y a los derechos políticos, “en la medida que limitan mas allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierten en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de asuntos públicos”.

⁴² Sentencia T-552 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

en estos temas, con la exigencia de compatibilidad con el sistema constitucional y legal existente. El Convenio No 169 establece en ese sentido en su preámbulo, la necesidad de reconocer “las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida (...), dentro del marco de los Estados en que viven”.

[...]

6.4. Ahora bien, la autonomía política de los pueblos indígenas en nuestro país, es un derecho reconocido por la Constitución desde su expedición, conforme al artículo 330 superior. De acuerdo con la Constitución, no obstante, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por su texto, es decir, de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad, y siempre y cuando los mecanismos implementados no sean contrarios a la Carta y a la ley (C.P. arts. 246, 330). La Corte Constitucional en ese sentido, ha fijado una precisa doctrina, en la que ha reconocido al tenor de la norma superior, el derecho de las comunidades indígenas a regirse por sus propias costumbres y normas en su territorio, en su variada jurisprudencia⁴³.

Las facultades de las comunidades indígenas en materia política interna, involucran entonces dentro de su ámbito territorial⁴⁴, entre otros, los siguientes derechos: (i) el de escoger la modalidad de gobierno que las debe regir; (ii) el derecho a consolidar y determinar sus instituciones políticas y sus autoridades tradicionales; (iii) la posibilidad de establecer de manera propia y conforme a sus usos y costumbres y a lo que señale la ley, las funciones que les corresponde asumir a tales autoridades⁴⁵ y (iv) la determinación de

⁴³ Ese derecho, según lo ha reconocido la Corte, no puede entenderse como transitoriamente limitado, por no haberse expedido aún la Ley de Ordenamiento Territorial. Al respecto puede consultarse la sentencia T-606 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y la sentencia C-921 de 2007 M.P. Clara Inés Vargas. Ver sentencia C-370 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett sobre ininmutabilidad penal.

⁴⁴ Ese ámbito puede identificarse eventualmente con el resguardo, que representa el territorio indígena que tiene título de propiedad colectiva reconocida por el Estado. Ámbito territorial que además es inembargable, inalienable e imprescriptible. Aunque como lo ha señalado la Corte en la sentencia C-921 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, no necesariamente puede identificarse resguardo con territorio, “ya que el territorio es sólo uno de los componentes del actual concepto de resguardo pues hace referencia al lugar donde los grupos étnicos ejercen el derecho fundamental de propiedad colectiva. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional”. En efecto, al no haberse conformado los resguardos indígenas como entidades territoriales indígenas, no son personas jurídicas de derecho público, requiriendo por ésta circunstancia, y para efectos fiscales, la intermediación de los municipios en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones, a menos que la ley de ordenamiento territorial aún no expedida, defina otra cosa. Ver al respecto Sentencia C-921 de 2007. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

⁴⁵ Sentencia C-292 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

los procedimientos y requisitos de elección de sus autoridades, así como la modificación y actualización de tales normas.

[...]

Con todo, es claro que la autodeterminación y control del propio destino político de los pueblos indígenas, es importante para la preservación de su cultura. El derecho a elegir a sus representantes y a ser gobernados por una autoridad que reconozca sus usos y costumbres, es una forma de supervivencia étnica y comunitaria, que requiere de medidas estatales que permitan garantizar esos derechos. Bajo estas consideraciones y conforme a la Constitución y los tratados internacionales, el Estado colombiano se encuentra obligado a adoptar las medidas que se requieran para que los pueblos indígenas y tribales que habitan en el territorio nacional, asuman el control de sus instituciones, dotándolos de instrumentos que propicien el fortalecimiento de su identidad⁴⁶. Ello supone la posibilidad de que las comunidades indígenas tomen decisiones relacionadas con su autonomía política, sin la ingerencia indebida de terceros⁴⁷. Por lo que al Estado le corresponde promover y defender el derecho fundamental de las comunidades indígenas a gobernarse conforme a sus autoridades propias, de forma tal que:

Por tal razón, una injerencia indebida de las autoridades del Estado en los actos de convocatoria, elección y posesión de las autoridades tradicionales de una comunidad indígena, ciertamente puede significar el menoscabo de los derechos a la autonomía política y al autogobierno de una comunidad étnica según el caso, y comprometer de ese modo, su diversidad étnica y cultural.

[...]

En el presente asunto se observa que el accionante se encuentra inconforme debido a que el Ministerio del Interior se negó a reconocer como cabildo indígena a la agrupación denominada «INGA PACAY», ante las supuestas diferencias presentadas al interior del Resguardo al que pertenecen, el cual está ubicado en la vereda Puerto Limón del municipio de Mocoa.

[...]

Razón le asistió al Tribunal Superior de Putumayo cuando señaló que no es posible ordenar el registro de un nuevo Cabildo, toda vez que de hacerlo, se constituiría en una verdadera vulneración a los derechos de

⁴⁶Cfr. Sentencia SU- 383 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

⁴⁷Cfr. Sentencia T-254 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

autodeterminación y autogobierno del Resguardo de Puerto Limón, máxime si se tiene en cuenta que fueron los miembros (incluidos los disidentes) del resguardo de Puerto Limón los que tomaron la decisión, de acuerdo a sus usos y costumbres, de no aprobar la creación del Cabildo «INGA PACAY».

Ahora, contrario a lo manifestado por el actor, la decisión del Ministerio del interior no le causa ningún perjuicio tanto a él como al grupo de disidentes del Resguardo indígena de Puerto Limón, ya que ellos por el hecho de pertenecer a dicha comunidad tienen la posibilidad de acceder a todos los beneficios reconocidos por el Estado para los miembros de la misma.

En efecto, por encontrar que no se trasgredieron los derechos fundamentales del actor y del grupo denominado «INGA PACAY», se ratificará el fallo».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1.991, arts. 7, 86, 246 y 330.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T-973 de 2009

7. OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTAR MEDIDAS EFICACES PARA PROTEGER LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDADES INDÍGENAS -Caso en que la CIDH impuso medidas cautelares a favor de la comunidad Wayúu-

Extracto n. ° 27.

Número de radicado	:	87592
Número de providencia	:	STP12990-2016
Fecha	:	14/09/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«A juicio de la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Shipia Wayúu, la vulneración de los derechos fundamentales de dicha comunidad y en especial de los niños, niñas y adolescentes, se contrae a que el Gobierno Nacional no ha dado cumplimiento a las medidas cautelares de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por lo que se solicita el uso y goce de las aguas del río Ranchería por parte de los habitantes de la comunidad, para lo cual se debe liberar las aguas que fueron represadas y que siga su caudal natural.

Por su parte, las autoridades estatales vinculadas a este trámite aseguran que han cumplido plenamente las órdenes de la Comisión, implementando múltiples acciones a corto, mediano y largo plazo con miras a atender la situación que vive el departamento de la Guajira.

[...]

[...] no se somete a discusión dentro de este trámite sumario que la población indígena Wayúu viene afrontando en los últimos tiempos una situación bastante grave, que afecta particularmente y de forma generalizada a los niños, niñas y adolescentes como población más vulnerable.

Tampoco habrá discusión en cuanto que las autoridades estatales accionadas, en especial el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Presidencia de la República, han adelantado actividades tendientes a dar cumplimiento a las medidas cautelares decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

[...]

No obstante, pese a los esfuerzos de estas y otras entidades del orden nacional, departamental y municipal, tales soluciones se han quedado cortas, pues los beneficiarios de las medidas cautelares argumentan que las mismas no han sido inadecuadas e inefectivas, razón por la que incluso han tenido que interponer varias acciones de alegando una vulneración a sus derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal, acceso al agua, entre otros.

[...]

Estableciendo que el Gobierno Nacional debe realizar actuaciones extraordinarias y ordinarias oportunas que verdaderamente permitan restablecer el derecho fundamental a la salud y el mínimo vital al agua a fin de evitar que se sigan presentando las condiciones de extinción y discapacidad de los pueblos Wayúu.

Así indicó que: “es necesario clasificar, centralizar, geo referenciar, priorizar y registrar de manera articuladas, coordinada, estratificada e integral, todos los planes, estrategias, información y accionantes de intervención públicas y/o privadas o de terceros en el departamento, así como propender por una contratación transparente, homogénea y completa, que incluya resultados, seguimiento individualizado, registro verificable, de los actores públicos, privados y multilaterales, frente a operadores calificados, considerando para ello la instancia denominada “mesa de crisis” y las estrategias de “comunicación de crisis”, a cargo de gobernación y el Ministerio de Salud y Protección Social, respectivamente.”.

Adicionalmente pidió “establecer de manera urgente y extraordinaria un plan y una ruta priorizados de atención, de intervención, de distribución y de consumo efectivo de nutrientes y de seguimiento individualizado, de manera articulada, entre las autoridades de salud, a todos los niveles, y el ICBF a los 900 niños con desnutrición aguda captados en la micro focalización de este último, considerando la Resolución 5406 de 2015.”

En ese orden, si bien han existido estrategias para dar cumplimiento a las medidas adoptadas por el órgano internacional, también lo es que no ha tenido la eficacia, ni han respondido con la urgencia necesaria para atender las abiertas y ostensiblemente graves circunstancias de desnutrición, mal estado de salud y falta de acceso al agua potable y salubre en que se encuentran los niños, niñas pertenecientes a la comunidad indígena Wayúu, situación que sin lugar a dudas contraría abiertamente la Constitución y demandan, tanto de esta Sala , como del resto del Estado, la

puesta en marcha de una serie adicional de acciones con miras a propiciar una atención más provechosa a la lamentable problemática social verificada.

En resumen, como quiera que surge la imperiosa y apremiante necesidad de brindar protección y soluciones a corto, mediano y largo plazo, en punto a los derechos fundamentales invocados de la comunidad Wayúu, dado el lamentable escenario de daño que se está suscitando que en modo alguno puede proseguir, habrá de confirmarse el amparo concedido.

Ello no es óbice para que esta Sala exhorte además al Gobierno Nacional para que diseñe, coordine y ejecute, en cooperada interacción con el departamento y los municipios de la Guajira, un plan eficiente y eficaz que dé solución integral y real a la problemática social que vive la ciudadanía de dicha región, fijando plazos claros y detallados para la materialización de cada uno de los programas que al efecto corresponda adoptar, desnutrición, salud y falta de acceso al agua potable y salubre de los niños y niñas Wayúu.

Es más, mientras se cumplen las anteriores medidas, de manera anticipada y provisional deben ofrecerse soluciones a dicha problemática social que mitigue sus efectos en la población Wayúu menor de edad, conforme a la ley de presupuesto nacional»

NORMATIVIDAD APLICADA

Constitución Política de 1991, art. 2, 44 y 115

8. MIEMBROS DE COMUNIDADES INDÍGENAS ESTÁN EXENTOS DE PRESTAR EL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO

Extracto n. ° 28.

Número de radicado	:	65050
Fecha	:	21/02/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«Del contenido material de la demanda de tutela surge claro que la solicitud de amparo promovida por el señor LRQC, en calidad de agente oficioso de su hijo, pretende que por vía de este excepcional mecanismo de protección se ordene al Ejército Nacional que proceda a desacuartelar de sus filas a ÉDQB con ocasión del servicio militar obligatorio que está prestando, argumentando para ello, pertenecer a una comunidad indígena y, conforme a lo reglado en la Ley 48 de 1993, está exento de cumplir tal obligación.

La Sala ha de indicar que el servicio militar es una obligación de naturaleza constitucional, conforme se deriva del análisis sistemático de los artículos 2°, 95 y 216 de la Carta Política [...]

[...]

Es así que la obligación de prestar el servicio militar no obedece a una imposición caprichosa, sino que es el producto del cumplimiento de un deber que no es potestativo, ya que aunque los derechos de los ciudadanos no deben ser desconocidos por las autoridades estatales, lo cierto es que los mismos deben ceder frente al interés común,

No obstante, el legislador en la Ley 48 de 1993, que regula todo lo relacionado con el servicio militar obligatorio, fijó exenciones para el cumplimiento de ese deber, normatividad que frente a lo que aquí es materia de discusión, establece:

“Artículo 27.- Exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagan cuota de compensación militar:

[...]

b) Los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad cultural, social y económica.

[...]"

La Corte Constitucional ha reconocido que la identidad cultural indígena es una garantía de la comunidad y de cada uno de sus miembros para poder actuar según su cosmovisión, dentro y fuera del territorio tradicional [...]

[...]

Precisamente, en relación con esa identidad cultural que caracteriza a la población indígena, el orden constitucional vigente estableció varias exenciones sobre dicha condición, una de ellas la constituye la prestación del servicio militar obligatorio, siempre que implique no sólo el “ser” sino “vivir con” y “como” indígenas, es decir, hacer parte de la comunidad y preservarla. Al respecto, en la misma sentencia referenciada la Corte Constitucional expuso:

“5.2.1. Por medio de la Ley 48 de 1993, el Congreso de la República de Colombia reglamentó el servicio de ‘reclutamiento y movilización’ de personas por parte de la Fuerza Pública.⁴⁸ En esta Ley definió y precisó la obligación de todo colombiano de ‘definir su situación militar’,⁴⁹ lo cual

⁴⁸ Ley 48 de 1993, ‘artículo 4° Finalidad. Corresponde al Servicio de Reclutamiento y Movilización planear, organizar, dirigir y controlar la definición de la situación militar de los colombianos e integrar a la sociedad en su conjunto en la defensa de la soberanía nacional, y así como ejecutar los planes de movilización del potencial humano, que emita el Gobierno Nacional.’ La constitucionalidad del aparte resaltado de la norma fue declarado por la Corte en la sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SV Carlos Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero); en este caso se estudiaron varias disposiciones de la misma Ley.

⁴⁹ Ley 48 de 1993, ‘artículo 10. Obligación de definir la situación militar. Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad. || Parágrafo. La mujer colombiana prestará el servicio militar voluntario, y será obligatorio cuando las circunstancias del país lo exijan y el Gobierno Nacional lo determine, en tareas de apoyo logístico, administrativo, social, cultural o de defensa de la ecología y el medio ambiente, y en general, de las actividades que contribuyan a la modernización y al desarrollo del país y tendrán derecho a los estímulos y prerrogativas que establece esta Ley no importando la modalidad en que se preste el servicio. || [...] Artículo 14. Inscripción. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley. [...]’ La constitucionalidad de estas norma fue declarada en la sentencia C-511 de 1994 (MP Fabio Morón Díaz; SV Carlos

puede conllevar, bien la prestación del servicio militar obligatorio,⁵⁰ o bien, el pago de la cuota de compensación militar.⁵¹ No obstante, el Congreso también creo (sic) una exención ‘en todo tiempo’, tanto (i) para prestar el servicio militar, como (ii) para tener que pagar la cuota de compensación, a ‘los indígenas que residan en su territorio y conserven su integridad, cultural, social y económica’ (Ley 48 de 1993, art. 27, lit. b).⁵²

5.2.2. La Corte Constitucional consideró que era razonable constitucionalmente eximir a los miembros de las comunidades indígenas de la prestación del servicio militar obligatorio, por el impacto que el año de separación causaría en ellos.

“Ahora bien, el servicio militar obligatorio, al sustraer durante un año a un indígena de su comunidad para que cumpla con sus deberes militares, puede constituir una amenaza a la preservación de la existencia y la identidad de estos grupos humanos que la Constitución ordena proteger de manera privilegiada, por cuanto la ausencia física de quien presta el servicio puede desestabilizar la vida comunitaria. Era entonces razonable que el legislador eximiera a los indígenas de cumplir con el deber constitucional de prestar el servicio militar”.⁵³

(...)

“(...) para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección

Gaviria Díaz, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero); en este caso se estudiaron varias disposiciones de la misma Ley.

⁵⁰ Ley 48 de 1993, artículo 3° Servicio militar obligatorio. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley. || [...] Artículo ARTICULO 13. Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación de] servicio militar: (a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses; (b) Como soldado bachiller durante 12 meses; (c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses; (d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

⁵¹ Ley 48 de 1993, artículo 22. Cuota de compensación militar. El inscrito que no ingrese a filas y sea clasificado debe pagar una contribución pecuniaria al Tesoro Nacional, denominada ‘cuota de compensación militar’.

⁵² La norma, en su literal a, contempla la misma exención para ‘los limitados físicos y sensoriales permanentes’ (Ley 48 de 1993, art. 27).

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero, SV Eduardo Cifuentes Muñoz). La sentencia sólo estudia la constitucionalidad de la segunda de las exenciones –la de los indígenas–, no de la primera –la de los limitados físicos y sensoriales–.

introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas”.⁵⁴

Es así como la jurisprudencia constitucional, ha aclarado que si bien los indígenas se encuentran exentos de la prestación del servicio militar, ello no obsta para que pueda ser prestado si voluntariamente así lo manifiesta y lo desea, pero si luego de reclutado decide su desacuartelamiento, así mismo deberá ser respetada su decisión, dado que no es una obligación, pues por el hecho de ser la identidad cultural del indígena un derecho de índole colectivo, la protección no va dirigida al individuo como tal, sino a la comunidad

[...]

Pues bien, el accionado ha apoyado su impugnación en dos puntos que es pertinente estudiar: (i) que el señor ÉDQB no figura en el censo que en su momento el Gobernador del Cabildo exhibió y, (ii) no se presentó en las fechas establecidas por esa entidad para hacer la inscripción en el registro correspondiente, para definir su situación militar.

En relación con el primer punto, en la precitada Sentencia T-113 de 2009, se señalaron parámetros respecto al servicio militar de los indígenas en correspondencia con la exención consagrada en el artículo 27 de la Ley 48 de 1993, y se indicó que dicha condición puede ser demostrada por diversos mecanismos, uno de ellos a través de la certificación de la máxima autoridad de cada comunidad o resguardo; el segundo, con las certificaciones del censo interno de acuerdo con la Ley 89 de 1890 y el artículo 5 de la Ley 691 de 2001, que debe llevar cada comunidad; y, finalmente con los estudios sociológicos atinentes a la identidad cultural de la comunidad; pues bien, se tiene probado con la documentación allegada al paginario que el Gobernador del Resguardo Indígena de Ipiales (Fol. 6) certificó la condición de perteneciente a dicha comunidad del joven ÉDQB.

[...]

⁵⁴ Adicionalmente, la sentencia C-058 de 1994 dijo: “En otras palabras, los indígenas que vivan con el resto de la población colombiana o con los mismos hábitos que ésta, no están exentos del servicio. Ellos están sometidos al régimen general de la Constitución y la ley, que propugna la dignidad del hombre con unos derechos y deberes que cumplir.” Corte Constitucional, sentencia C-058 de 1994 (MP Alejandro Martínez Caballero, SV Eduardo Cifuentes Muñoz).

Lo anterior evidencia que, contrario a lo advertido por la accionada, el que EDQB no figurara en el censo de población indígena aportado por el Gobernador del Cabildo, no quiere decir que no perteneciera a dicha comunidad, ya que tal condición la comprobó a través de la certificación expedida por la autoridad respectiva, la cual comporta medio de prueba idóneo para determinar la pertenencia al resguardo, razón por la cual si lo que el demandado pretendía era desvirtuar que el accionante pertenecía al resguardo indígena, así debió demostrarlo, pero no lo hizo, ya que se limitó a referir una serie de requisitos a los que el demandante no había dado cumplimiento, y, por ende, justificar su proceder arbitrario, al no atender la petición, olvidando, que la Corte Constitucional, en Sentencia T-703 de 2008, de donde se desprende que debe primar la realidad sobre las formalidades, que la inscripción en un determinado censo no constituye prueba suficiente, toda vez que puede estar desactualizado o contener errores.

En segundo lugar, si bien el Distrito Militar No. 21, accionado, fijó unas fechas para la inscripción de los indígenas que figuraran en el censo aportado por la autoridad del resguardo competente con el fin de realizar el registro para definir su situación militar, en las cuales el accionante no concurrió, ello no imposibilitaba que con posterioridad e incluso al momento de su reclutamiento diera a conocer su condición y, consecuente, ser beneficiado con la exención de la prestación del servicio militar, permitiendo el suministro de las explicaciones pertinentes para la no atención a dicho llamado, para el caso, lo constituía el encontrarse en la ciudad de Pasto en la práctica de unos exámenes con el objeto de realizarse un trasplante de médula ósea en favor de su consanguínea, quien padece leucemia.

Finalmente, si el demandado consideraba estar actuando por desconocimiento de la condición especial del reclutado, lo cierto es que, una vez enterado de esa situación, debió adoptar las medidas pertinentes con el fin de establecer si el dicho del accionante era cierto; sin embargo omitió su obligación, así como tampoco lo hizo al serle puesto de presente el documento que así lo acreditaba, motivos por lo que no puede excusarse en la inexistencia de petición presentada ante ese Comando.

Según lo expuesto, y como acertadamente lo dispuso el a-quo, la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales reclamados por el señor LRQCH en calidad de agente oficioso de su hijo ÉDQB».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 48 de 1993, art. 27

Constitución Política de Colombia, arts. 2, 95 y 216

Ley 89 de 1890

Ley 691 de 2001, art. 5

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-532 de 1992; CC SU-277 de 1993; CC C-058 de 1994; CC T-113 de 2009

9. CONSULTA PREVIA

9.1 MARCO CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA CONSULTA PREVIA

Extracto n. ° 29.

Número de radicado	:	68122
Fecha	:	10/10/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

« El artículo 76 del Decreto 1320 de 1998 por medio del cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio, establece que la misma deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica; en tanto el artículo 2° del mismo Decreto contempla que la consulta previa se realizará cuando el proyecto, obra o actividad deba desarrollarse en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva, mientras el inciso 2° del artículo 12 de la misma normatividad consagra que dicha reunión será presidida por la autoridad ambiental competente y deberá contar con la participación del Ministerio del Interior.

La Corte Constitucional acerca de la necesidad de la realización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento de las comunidades indígenas y negras ha puntualizado que:

“(…) en el caso del derecho fundamental a la consulta previa las reglas jurisprudenciales que la Corte Constitucional ha determinado para tal fin, al igual que concretar la ampliación del ámbito de protección en materia de participación y búsqueda del consentimiento libre, previo e informado y el derecho a compartir los beneficios de las obras; así como la protección de la riqueza arqueológica de la Nación.

En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar:

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán

conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: **(a)** implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; **(b)** esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(c)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

En todo caso, en el evento en que se exploren las alternativas menos lesivas para las comunidades étnicas y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento de los grupos, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación pro homine.”.

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación”⁵⁵.

Sobre el particular, es preciso anotar que los desarrollos jurisprudenciales han ampliado la eficacia de las disposiciones del Decreto 1320 de 1998, en cuanto que, en aplicación directa de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han establecido unos criterios de procedibilidad de la consulta que son mucho más amplios que los allí previstos».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Decreto 1320 de 1998 art. 2, 12 inc 2 y 76

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T-129 de 2011.

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T 129 de 2011.

9.2 LA CONSULTA PREVIA COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS

Extracto n. ° 30.

Número de radicado	:	87380
Número de providencia	:	STP12488-2016
Fecha	:	06/09/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

« [...] debe decirse que la protección de los derechos de las minorías étnicas exige al Estado proveer escenarios que propicien la participación efectiva de éstas. La conservación de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales depende del grado de incidencia en el diseño e implementación de las medidas estatales que las afecten⁵⁶.

Para la preservación de esa identidad diferenciada, se diseñó el mecanismo de la *consulta previa*, en el caso en que las disposiciones legales tengan la posibilidad de *afectar directamente* los intereses de la comunidad indígena o afrodescendiente de la que se trate, como dijo el Tribunal Constitucional en decisión C-030/08, donde elaboró una exposición de su contenido y alcance:

*En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de **afectar directamente** a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁵⁷ y que, **cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.***

(...)

⁵⁶ Así se expuso en decisión CSJ STP, 3 de diciembre de 2013, Rad. 70.682 y además, pueden analizarse al respecto las providencias CC C-030/08 y CC C-175/09.

⁵⁷ Sentencia C-208 de 2007.

*En cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, **o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.*** (Resaltado de esta Sala).».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC C-030-2008 y CC C-175 de 2009

9.3 PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA CUANDO SE PRETENDA ADOPTAR MEDIDAS QUE PUEDAN AFECTAR A LAS COMUNIDADES INDÍGENAS O AFRODESCENDIENTES

Extracto n. ° 31.

Número de radicado	:	68122
Fecha	:	10/10/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«[...] el derecho a la consulta previa se predica de las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectar, de manera directa y específica, a las comunidades indígenas y afrodescendientes»»

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de 1991 art. 2 y 7.

9.4 PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA CUANDO EL PROYECTO, OBRA O ACTIVIDAD PRETENDA DESARROLLARSE EN TERRENOS QUE AUNQUE NO HAYAN SIDO DELIMITADOS COMO TERRITORIOS INDÍGENAS O NO SE HAYAN ASIGNADO COMO PROPIEDAD COLECTIVA, SÍ HACEN PARTE DEL HÁBITAT NATURAL DE TALES COMUNIDADES

Extracto n. ° 32.

Número de radicado	:	68122
Fecha	:	10/10/2013
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«En punto del ámbito territorial en el que se desenvuelve la consulta, conforme el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, “(...) *los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación*”.

En ese contexto, la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, y que la misma procederá “... *cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras y que igualmente, **se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras**, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo*” (negrillas fuera del texto original).⁵⁸

[...]

[...] la jurisprudencia ha señalado que “... *con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7° de la Carta Política **los procesos de consulta previa, previstos en el Convenio 169 de la OIT, tendrán que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales***

⁵⁸ T -547 de 2010

directamente, en particular los relacionados con “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia – artículos 13 y 14 Ley 21 de 1991”⁵⁹ (negrillas fuera del texto original).

[...]

[...] es claro que para la definición del presente asunto no resulta relevante que aparezca probada la presencia de un territorio de comunidades negras en la zona donde se pretende desarrollar el proyecto objeto de concesión, pues aún si ello no fue demostrado, no significa que la sociedad [...] Cía S. en C., estuviera exenta de realizar consulta previa con la comunidad de Punta Canoa.

A dicha conclusión arriba la Sala, luego de advertir que la consulta previa como derecho fundamental de participación de los pueblos indígenas y comunidades negras, expresamente regulado por el derecho internacional y la Constitución Política, no puede interpretarse de manera restrictiva en la medida en que se encuentra íntimamente relacionado con la subsistencia de los mismos, de manera que se erige en un *“mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales”*⁶⁰.

En síntesis, debe destacarse que el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica⁶¹.

Es por ello que para la Corporación es inadmisibile el pretexto de que no existe territorio racial en el área en donde se ejecutará el proyecto para no adelantar el trámite de consulta previa, pues conforme lo ha reiterado la

⁵⁹ Corte Const. Sentencia T -547 de 2010 citada ut supra.

⁶⁰ Ibidem

⁶¹ Ejusdem

Corte Constitucional en idéntico precedente citado, *“las comunidades indígenas y tribales establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios”*, de manera que su participación e intervención en todas las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo como licencias ambientales y contratos de concesión que las afectan directamente, resulta no solo procedente sino obligatoria, particularmente si se trata de decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales, pues constituyen actividades que son *“susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, aunque no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan asignado como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, que deben ser objeto de un proceso de consulta previa”*⁶² (Negrillas fuera del texto original).».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo art. 13

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T -547 de 2010, CC C-882 de 2011 y CSJ STP4150-2014

⁶² C-882 de 2011

9.5 PROCEDENCIA DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A MEDIDAS ADMINISTRATIVAS RELACIONADAS CON LA EDUCACIÓN DE MIEMBROS DE GRUPOS ÉTNICOS

Extracto n. ° 33.

Número de radicado	:	87380
Número de providencia	:	STP12488-2016
Fecha	:	06/09/2016
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	ACCIÓN DE TUTELA

«[...] frente a la consulta previa en relación con las decisiones administrativas de retirar docentes por exceder el número de alumnos de una determinada institución, el alto Tribunal se pronunció en los siguientes términos⁶³:

...“Tal y como puede observarse, en el campo de la implantación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos, el Convenio 169 de la O.I.T. prevé el mecanismo de la consulta previa, al consagrar expresamente en su artículo 27 que ‘Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales’.

...Existen normas legales que establecen los criterios y procedimientos para organizar las plantas de personal docente y administrativo del servicio educativo estatal, aplicándose el Decreto en mención – 3020 de 2002- a las entidades territoriales certificadas, que deben regular sus plantas de personal docente, directivo y administrativo con cargo al Sistema General de Participaciones.

El artículo 11 de este Decreto consagra el número de alumnos para la ubicación del personal docente, con referencia a que el promedio por instituto

⁶³ En la Sentencia T- 355 de 2014, en la que se analizó el caso del Resguardo Indígena Nuestra Señora de la Candelaria de la Montaña, respecto de la cual no se realizó consulta previa para el «no cubrimiento o cubrimiento parcial de las licencias otorgadas a las docentes indígenas por maternidad y las liberaciones de docentes “consistente en suprimir cargos”, lo cual conduce “prácticamente a los cierres de sedes educativas” o a “agrupar niños de diferentes grados con un solo docente”.

en la entidad territorial “sea como mínimo 32 en la zona urbana y 22 en la zona rural”.

Sin embargo, por tratarse de educación especial para grupos étnicos minoritarios, es necesario contar con la participación de las comunidades indígenas para tomar cualquier determinación, pues el derecho de consulta es susceptible de amparo constitucional, con el fin de obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias. (Negrilla fuera de texto)

[...]

Mediante oficio del 5 de abril de 2016, el Director Administrativo y Financiero de la mencionada Secretaría solicitó a las accionantes “*la entrega de los dos excedentes de planta de personal*”, la cual se debía realizar el 8 de abril siguiente⁶⁴.

Adicionalmente, se cuenta en la actuación con la solicitud del 7 de junio del año en curso, que realizó la gobernadora del cabildo indígena O del resguardo Y en el que pide la reubicación de una docente para la sede O del Instituto Educativo Rural Aborígenes de Colombia, pues la única que quedó en dicho centro maneja 24 estudiantes de los 6 grados incluido preescolar, lo que no le permite a los alumnos tener una educación de calidad⁶⁵.

En ese orden, concluye la Sala que razón le asistió a la primera instancia al conceder el amparo invocado, pues es evidente que la decisión administrativa de retirar de la planta de personal de la Institución Educativa Rural Aborígenes de Colombia a dos (2) docentes afectaba directamente a los miembros del resguardo indígena Y de la comunidad Inga que reciben clases en dicho establecimiento educativo.

Tal afectación se evidencia aún más con lo solicitado por la gobernadora del cabildo indígena O perteneciente al aludido resguardo Y, relativo a que se devolviera a una docente a la sede educativa de O, pues una sola profesora manejaba 24 estudiantes de los grados preescolar a quinto de primaria, lo que no les permitía tener una adecuada calidad de educación.

Igualmente y pese a que el Secretario de Educación del Putumayo conocía que en dicho plantel educativo existían dos (2) docentes amenazados, no

⁶⁴ Folio 21 ibidem.

⁶⁵ Folio 22 y ss ibídem.

tuvo en consideración dicha situación y optó de manera inconsulta por ordenar el retiro de dos (2) profesores.

Dicha decisión administrativa implicaba, de acuerdo con lo señalado por la Corte Constitucional –Sentencia T-355 de 2014-, que se realizara consulta previa, pues como se determinó en precedencia, se afectaba de manera directa a la comunidad indígena del pueblo Inga del resguardo Y.

Ahora, no desconoce la Sala que en la reunión del 19 de febrero del año en curso, estuvo presente la directora del aludido establecimiento educativo, pero ello no exoneraba a las autoridades accionadas de realizar la consulta previa, prevista no solo por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional sino también por el Convenio 169 de la O.I.T., toda vez que se reitera, el retiro de dos (2) docentes del centro educativo afectaba directamente a la comunidad indígena ».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T-355 de 2014

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL A LA PERSONA INDÍGENA

1. JURISPRUDENCIA PROFERIDA ANTES DE LA EXPEDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Extracto n. ° 34.

Gaceta	:	CSJ SP, 04 abr. 1941, GJ LI, n. ° 1970 – 1976 (1941 – 1942), pág. 309 a 313
Fecha	:	04/04/1941
Tipo de providencia	:	SENTENCIA
Clase de actuación	:	CASACIÓN

«La información 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, los estudios periciales 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 con 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».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 153 de 1887, arts. 44, 45, 46 y 47.
Ley 100 de 1980, arts. 29 y 61

Extracto n. ° 35.

Gaceta	:	CSJ SP, 23 jul. 1948, GJ LXIVº, n.º 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, que el acusado Mesa se halla cabalmente dentro de las excepciones especialísimas que consagran las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892.

“Y no habiéndose hecho tal demostración, al procesado le son aplicables los artículos 4º 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, o sea de que no dispone de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en sus aspectos 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 rendidas 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 declarar, 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 consiente 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».

NORMATIVIDAD 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

Extracto n.º 36.

Gaceta ⁶⁶	:	CSJ SP, 14 may. 1970, GJ CXXXIV, n.º 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: 1º 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. 1º de la Ley 89 de 1890, consagratorio de un régimen exceptivo, especialísimo, -acorde con su categoría- cuyos preceptos organizan una proposición jurídica completa.

⁶⁶ 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.

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 desarrollos 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 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. Ni 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 2° 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 1º, Título 2º, Capítulo 2º 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 1º del art. 37 del Decreto 1358 de 1964, y el art. 1º 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. 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º 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. 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º 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 qué 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 siquiatría 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. 1° de la Ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el 2° 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 Público, 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».

NORMATIVIDAD 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

ANEXO I

RELACIÓN DE PROVIDENCIAS

N°.	Rad.	Fecha	No. Providencia	Clase de Actuación	Tipo de providencia
1		04/04/1941		Casación	Sentencia
2		30/01/1942		Casación	Sentencia
3		06/04/1943		Casación	Auto interlocutorio
4		23/07/1948		Casación	Sentencia
5		22/09/1950		Casación	Sentencia
6		14/05/1970		Casación	Sentencia
7	12043	15/06/1999		Casación	Sentencia
8	18701	24/01/2002		Extradición	Auto interlocutorio
9	16189	26/11/2003		Casación	Sentencia
10	20289	26/11/2003		Extradición	Concepto
11	23558	10/08/2006		Única instancia	Auto interlocutorio
12	27660	07/06/2007		Habeas corpus	Auto interlocutorio
13	30644	16/12/2008		Única instancia	Auto interlocutorio
14	25794	01/04/2009		Casación	Sentencia
15	30799	20/05/2009		Casación	Auto interlocutorio
16	32233	16/07/2009		Habeas corpus	Auto interlocutorio
17	34275	04/08/2010		Casación	Auto interlocutorio
18	34461	08/11/2011		Casación	Sentencia
19	39469	14/08/2012		Casación	Auto interlocutorio
20	39444	13/02/2013		Casación	Sentencia
21	65050	21/02/2013		Acción de tutela	Sentencia
22	41596	21/08/2013		Casación	Auto interlocutorio

23	42281	09/10/2013		Casación	Auto interlocutorio
24	68122	10/10/2013		Acción de tutela	Sentencia
25	42537	20/11/2013		Casación	Auto interlocutorio
26	42287	12/03/2014	SP3004-2014	Casación	Auto interlocutorio
27	43342	02/04/2014	AP1576-2014	Casación	Auto interlocutorio
28	72601	03/04/2014	STP4150-2014	Acción de tutela	Sentencia
29	38242	28/05/2014	SP6759-2014	Casación	Sentencia
30	75621	29/09/2014	STP13239-2014	Acción de tutela	Sentencia
31	45773	13/04/2015	AP1825-2015	Definición de competencia	Auto interlocutorio
32	41176	12/05/2015	AP2439-2015	Casación	Auto interlocutorio
33	44993	10/06/2015	AP3263-2015	Casación	Auto interlocutorio
34	45691	17/06/2015	AP3399-2015	Casación	Auto interlocutorio
35	42788	05/08/2015	AP4470-2015	Casación	Auto interlocutorio
36	81148	25/08/2015	STP11597-2015	Acción de tutela	Sentencia
37	43578	09/09/2015	AP5156-2015	Casación	Auto interlocutorio
38	46943	09/10/2015	AHP5951-2015	Habeas corpus	Auto interlocutorio
39	44890	28/10/2015	SP14851-2015	Casación	Sentencia
40	46556	11/11/2015	SP15508-2015	Casación	Sentencia
41	87380	06/09/2016	STP12488-2016	Acción de tutela	Sentencia
42	87592	14/09/2016	STP12990-2016	Acción de tutela	Sentencia
43	88108	20/09/2016	STP13482-2016	Acción de tutela	Sentencia
44	48136	05/12/2016	SP17726-2016	Casación	Sentencia