

Sentencia T-097/12

(Bogotá D.C., febrero 16)

AUTONOMIA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Concepto

AUTONOMIA INDIGENA-Limitaciones

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Alcance

JURISDICCION INDIGENA-Principios

FUERO INDIGENA-Concepto

El fuero indígena ha sido definido como un derecho de los miembros de las comunidades indígenas que se adquiere por el hecho de pertenecer a las mismas, y que consiste en la posibilidad de ser juzgados por las autoridades indígenas, con arreglo a sus normas y procedimientos, y cuyo objeto es el juzgamiento acorde con los usos y costumbres de dichas comunidades.

FUERO INDIGENA-Factor personal y territorial

PENA-Función en el ordenamiento penal colombiano

MECANISMOS DE COORDINACION ENTRE LA AUTORIDAD JUDICIAL Y LOS INDIGENAS-
Cumplimiento de la pena y medidas preventivas

JUEZ-Le compete en cada caso resolver las controversias que puedan surgir de acuerdo con los principios establecidos por la Corte

JURISDICCION INDIGENA Y PENAS QUE SE IMPONEN-Posibilidad de que sean cumplidas en cárceles ordinarias, garantizando identidad cultural y costumbres de los indígenas

“Es importante aclarar que independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la

pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que se respete y no se atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”.

Referencia: expediente T-3.152.248

Fallo de tutela objeto de revisión: Juzgado 51 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá

Accionante: Comunidad Indígena Zenú, y sus miembros Pedro Cesar Rojas Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández

Accionado: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC

Demanda del accionante -elementos-:

Derechos fundamentales invocados: el derecho fundamental al derecho propio de la comunidad indígena Zenú, y los derechos fundamentales de los señores Pedro César Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández al derecho propio, al debido proceso y al juez natural.

Conducta que causa la vulneración: la posición del INPEC en relación con el reconocimiento de la existencia e idoneidad del Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión”.

Pretensión: Reconocer a la luz del artículo 29 de la Ley 65 de 1993 al Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” como un Establecimiento de Reclusión Especial tanto para las autoridades tradicionales indígenas, como por los jueces y los magistrados de la República; establecer relaciones de coordinación y asistencia entre el INPEC y las autoridades indígenas tradicionales; autorizar mediante acto administrativo que los indígenas Pestana Rojas y Martínez Hernández para que permanezcan reclusos en el Centro de Reclusión “Cacique Mexión” con ocasión de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Dirección Nacional de Fiscalías; reconocer mediante acto administrativo el tiempo privación

de la libertad que han cumplido dichos indígenas en el Centro “Cacique Mexión”.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo

1. Vulneración del derecho fundamental.

1. Demanda de la accionante.

El 28 de septiembre de 2009, el Juzgado Segundo Penal Civil del Circuito Especializado de Bogotá condenó a los indígenas Pedro Cesar Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández, pertenecientes a la etnia Zenú y miembros del Resguardo Indígena de San Andrés de Sotavento en Córdoba-Sucre, a la pena de seis años de prisión y a una multa de 2000 S.M.L.M.V., por el delito de concierto para delinquir por asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”.

Dicha sentencia fue apelada y correspondió su conocimiento, en segunda instancia, a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que a la fecha no se ha pronunciado aún sobre este asunto.

El 21 de noviembre de 2006, la Dirección Nacional de Fiscalías, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, al resolver la situación jurídica de los indígenas Pestana Rojas y Martínez Hernández, les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y ordenó su captura. Sin embargo, y con ocasión de la medida de aseguramiento, el 22 de noviembre de 2006, los indígenas procesados se presentaron ante las autoridades tradicionales zenúes del Resguardo de San Andrés de Sotavento, Córdoba Sucre, donde el Cabildo Mayor, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, levantó un “Acta de Entrega Voluntaria” procediendo a la captura de los indígenas y a su envío al Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” que funciona en el interior del resguardo, en donde permanecen reclusos los indígenas hasta la fecha.

En ese contexto, el defensor de los indígenas procesados, solicitó a la Sala Penal del Tribunal

Superior de Bogotá su libertad provisional, la cual fue negada el 5 de marzo de 2010 al no reconocer a los indígenas el tiempo de permanencia en el centro “Cacique Mexión”, lo anterior considerando el oficio 7103APE 016880 del 16 de diciembre de 2010 suscrito por la Dra. Martha Rocío Peñuela Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC.

El abogado de los indígenas señala que desde 2008, como parte del proceso de formalización normativa e institucional, el Cacique Mayor Regional del Resguardo Zenú, había expedido la Resolución n. 001 del 5 de enero de 2008, mediante la cual se protocolizó, al interior de la jurisdicción territorial del resguardo indígena, la existencia milenaria del Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” como un lugar de aislamiento y redención para los miembros de la comunidad Zenú privados de la libertad. Dicha resolución fue dirigida al INPEC y a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia el 29 de octubre de 2008, solicitando el Registro y Protocolización de la misma. Sin embargo las entidades coincidieron en que no se requiere registro ni aprobación del INPEC o del Ministerio por ser el centro de reflexión una forma de expiación de la conducta resultante de la decisión de la comunidad y acorde a sus costumbres. La directora del INPEC agregó que no era posible que esta entidad reconociera el centro de reclusión como un Establecimiento de Reclusión Especial -ERE- porque no reunía las características de infraestructura y seguridad requeridas, situación que también se le hizo conocer a la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, cuando se le requirió información sobre el reconocimiento del Centro de Reclusión “Cacique Mexión” como lugar de reclusión a la luz de la Ley 65 de 1993.

El informe policial FGN-CTI-UPJ del 27 de enero de 2011 rendido a raíz de la inspección judicial realizado al “Cacique Mexión”, deja constancia de que la guardia del Centro tiene un Alguacil Mayor al mando de 10 guardias y que cuenta con las características requeridas para un centro de esta naturaleza en términos de seguridad, reclusión, aislamiento y resocialización de los reclusos.

Por lo anterior, para el representante de los indígenas, la posición del INPEC en relación con el reconocimiento de la existencia e idoneidad del Centro de reclusión “Cacique Mexión” vulnera los derechos de la comunidad indígena en general y de los indígenas procesados en particular al derecho propio, al debido proceso y al juez natural.

1.2. Respuesta del accionado

2. Decisión judicial objeto de revisión²

En providencia proferida el 17 de junio de 2011 por el Juzgado Cincuenta y Uno Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá, se establece que, acorde con la Ley 65 de 1993, el INPEC es la entidad competente para determinar el espacio o lugar destinado para la privación de la libertad de quienes han sido procesados o condenados. Inclusive si se trata de personas que presentan condiciones especiales como en el caso de los indígenas reúne los requisitos o las características propias de los establecimientos de reclusión del orden nacional. En este caso, el INPEC ha considerado que el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena “Cacique Mexión”, no cuenta con las exigencias de infraestructura que garanticen la seguridad y la aplicación de los procedimientos internos del Instituto. Adicionalmente, se señala que en la actualidad el asunto está siendo estudiado por la jurisdicción ordinaria y que ni siquiera existe una sentencia ejecutoriada sobre el caso de los indígenas Pestana Rojas y Martínez Hernández, por lo que la cuestión debió plantearse en dicha jurisdicción. El informe de Policía judicial referido a la inspección realizada al centro “Cacique Mexión” tampoco da lugar a que el juez de tutela ordene al INPEC que admita dicho establecimiento como parte del Instituto, ni que se reconozca el tiempo de privación de la libertad en dicho centro para efectos de descontar la pena impuesta, porque esto solo compete al INPEC y a la autoridad judicial a cargo del caso. Se concluye que no se vislumbra violación alguna del debido proceso penal o administrativo. Además el accionante no mencionó en qué medida se vulnera el derecho propio de la comunidad y de los miembros de la misma.

3. Pruebas

3.1. Mediante Auto del 9 de diciembre de 2010, el Magistrado Sustanciador ordenó que por Secretaría General se oficiara a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá para que en el término de tres días remitiera al Despacho, copia del expediente del proceso penal que cursa contra Pedro Cesar Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez por el delito de concierto para delinquir, por supuesta asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”.

El expediente fue remitido el 11 de enero de 2012 a la Secretaría General de la Corte Constitucional.

3.2. Mediante auto del 9 de diciembre de 2011, el Magistrado Sustanciador ordenó que por Secretaría General se oficiara a la Dirección Nacional de Fiscalías, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, para que en el término de tres días informara al Despacho, la razón por la cual no se hizo efectiva la medida de aseguramiento de detención preventiva y la captura de los señores Pedro Cesar Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez en centros de reclusión reconocidos por el INPEC, ordenada el 21 de noviembre de 2006 al resolver la situación jurídica de los procesados, por el delito de concierto para delinquir, por supuesta asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”.

En comunicación recibida en la Secretaría General de la Corte el 16 de diciembre de 2011, el Fiscal 10 especializado de la UNDH-DIH, refiere que el 21 de noviembre de 2006 se dictó medida de aseguramiento contra los indígenas. Según diligencia de allanamiento y registro de la residencia de los señores Pestana Rojas y Martínez Hernández, realizada el 23 de noviembre de 2006, a fin de hacer efectiva la orden de captura, el resultado de la misma fue negativo. El 16 de febrero de 2007 se ordenó por parte de la Fiscalía, oficiar al Cacique Mayor del Resguardo Zenú Córdoba, para que pusiera a disposición del despacho a los indígenas, por tener medida de aseguramiento y orden de captura vigente. Sin embargo el 7 de febrero de 2007, el Cacique Mayor del resguardo manifestó que hasta tanto no se resolvieran tutelas sobre sentencias y fallos, seguían manteniendo bajo custodia a los señores Pestana Rojas y Martínez Fernández. Por lo anterior, se concluye que desde que se expidieron las órdenes de captura, esta entidad insistió para que la detención se cumpliera en un centro de reclusión adscrito al INPEC, con las medidas de seguridad pertinentes de conformidad con el régimen penitenciario.

4. Intervención de la Autoridad de Gobierno Indígena ONIC, sobre los alcances de la jurisdicción especial indígena

A través de escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 14 de diciembre de 2011, el señor Luis Evelis Andrade Casama, actuando en su calidad de Consejero Mayor de la ONIC, interviene en el proceso de referencia en calidad de *amicus curiae*, para “aclarar el alcance del derecho de las autoridades de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, así como el alcance del reconocimiento y protección del

Estado a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, según lo contemplado en los artículos 246 y 7º de la Constitución Política, respectivamente”.

Considera que el derecho de los pueblos indígenas a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, faculta a las autoridades indígenas para que apliquen las medidas de aseguramiento y penas impuestas en la jurisdicción ordinaria a integrantes de los pueblos indígenas cuando éstos cuentan con instituciones propias de amplia tradición que garantizan de manera efectiva la diversidad étnica y cultural de sus integrantes, y la finalidad de las medidas que imponga la justicia ordinaria. De otro lado, advierte el interviniente que los obstáculos impuestos por las autoridades estatales a las autoridades indígenas para la aplicación de las medidas de aseguramiento y penas impuestas por la jurisdicción ordinaria, representan un desconocimiento al carácter público de las autoridades indígenas, y a su derecho a la autonomía, gobierno, derecho propio, sometiéndolos a procesos de aculturación, cuando la competencia original de investigar, juzgar y condenar a los responsables sea de la jurisdicción especial, pero dadas las características de la investigación surtida, se haya concluido que la competencia residía en la jurisdicción ordinaria.

Señala que así como el INPEC presta sus servicios a los pueblos indígenas para el cumplimiento de las medidas impuestas por las autoridades indígenas a sus miembros, los pueblos indígenas que cuenten con un sistema penitenciario tradicional e idóneo para garantizar las finalidades de las medidas impuestas por la jurisdicción ordinaria, tienen el derecho a exigir que se recurra a sus propios establecimientos de reclusión que garantizan de manera integral el derecho a la diversidad étnica y cultural de los mismos.

La intervención trae a colación un recuento de la jurisprudencia de la Corte en materia de jurisdicción especial indígena y de su relación con el sistema penitenciario, el fuero indígena (el factor personal, territorial o geográfico y el factor objetivo), la diversa finalidad de las medidas de aseguramiento y de las penas, la ejecución de la pena privativa de la libertad en un establecimiento carcelario cuando se cumple una medida de aseguramiento o cuando la persona se encuentre purgando una pena, aspectos del bloque de constitucionalidad, especialmente los derechos de los pueblos indígenas como límite al uso de la prisión, algunas consideraciones antropológicas relativas al pueblo Zenú (espiritualidad, gobierno y control social) y observaciones sobre el caso concreto. La intervención reivindica la utilización del

factor territorial para dirimir los conflictos de competencia y la determinación de la operatividad del fuero indígena. Asimismo se propone que el factor objetivo no sea remplazado por el factor orgánico o institucional sino por el factor territorial, el cual no puede seguir entendiéndose como algo físico o geográfico.

Concluye de todo lo anterior que, en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, los pueblos pueden hacer uso de sus instituciones y establecimientos de castigo tradicionales también en los eventos en los que la conducta haya sido juzgada por la jurisdicción ordinaria. Se incorporan adicionalmente un documento sobre los lugares sagrados y centros de arrepentimiento y reflexión del pueblo Zenu, junto a otro sobre los métodos de control social de este pueblo indígena, así como el informe de Policía Judicial FGN-CTI-UPJ del 27 de enero de 2011 que contiene el resultado de la inspección judicial en la Cárcel del Resguardo Indígena Zenu.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

Esta Sala es competente para revisar la providencia de tutela antes reseñada, con base en lo prescrito en la Constitución Política, artículos 86 y 241 numeral 9; en el Decreto 2591 de 1991, artículos 33 a 36; y en el auto del veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011) de la Sala de Selección de Tutela Número Nueve de la Corte Constitucional.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

2.1. Legitimación activa: los accionantes presentaron demanda de tutela a través de abogado³.

2.2. Legitimación pasiva: el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con personería jurídica, patrimonio independiente, descentralización administrativa y desconcentración de funciones, al que se le ha asignado la conducción de la política penitenciaria⁴; como tal, es demandable en proceso de tutela (CP, art. 86; D. 2591/91, art. 5º).

2.4. Inmediatez: las solicitudes y peticiones al Ministerio del Interior y de Justicia y al INPEC para que acorde con los principios superiores de respeto a la diversidad étnica y cultural, el Centro de reclusión “Cacique Mexión” sea reconocido, se dirigen a estas entidades desde el año de 2008. Sin embargo, la causa inmediata que motivó la acción de tutela se concreta en la comunicación de la Coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios del INPEC, del 16 de diciembre de 2010, dirigida al Cacique del resguardo con copia al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en la que se reitera que el Centro de Reflexión “Cacique Mexión” no hace parte de la estructura interna del INPEC y le sugiere poner a los indígenas a disposición de las autoridades judiciales competentes. La acción de tutela fue interpuesta en mayo de 2010, es decir aproximadamente seis meses después del oficio enviado por el INPEC, dentro de un término razonable para el ejercicio de éste recurso⁵.

3. Problema jurídico

En el presente caso, la Sala deberá resolver si la medida de detención preventiva o una pena de privación de la libertad, dictada por una autoridad judicial ordinaria contra los miembros de una comunidad indígena, puede realizarse en un centro de reclusión avalado por el respectivo resguardo pero que no se ajusta a los estándares requeridos por el INPEC. En consecuencia, deberá determinarse si se puede contabilizar el tiempo de privación de la libertad de los indígenas juzgados por la jurisdicción ordinaria en dicho centro de reclusión para efectos de descontarlo de la pena y decretar la libertad condicional.

Para responder el problema planteado, se analizarán los siguientes temas: (i) El concepto de autonomía de los pueblos indígenas, el derecho propio, la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena. (ii) La pena y su función en el ordenamiento penal colombiano y en la cosmovisión del pueblo Zenu; (iii) Mecanismos de coordinación entre las autoridades indígenas, las autoridades judiciales y el INPEC con respecto al lugar donde debe cumplirse la pena de un indígena juzgado por la jurisdicción ordinaria; (iv) Caso concreto.

4. Cargo único: vulneración al debido proceso.

4.1. El concepto de autonomía de los pueblos indígenas, el derecho propio, la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena

La Constitución Política reconoce a Colombia como un Estado democrático, participativo,

incluyente y pluralista en el que se protege la diversidad étnica y cultural (art. 1º y 7º).

Como máxima intérprete de la Carta Política, la Corte ha desarrollado una vasta jurisprudencia referida a la protección de los diferentes grupos y comunidades étnicas y culturales que constituyen la Nación colombiana. En relación con los miembros de los pueblos indígenas⁶, ha señalado que la pertenencia a éstas comunidades se establece desde el nacimiento hasta la muerte, constituyéndose para sus miembros en una forma de vida que la Constitución protege y garantiza⁷. En la sentencia SU-510 de 1998 se hace referencia a lo anterior y se resalta la doble pertenencia nacional y comunitaria de los indígenas:

“A diferencia de otros vínculos asociativos, más o menos contingentes, que la persona traba en su decurso existencial, el vínculo comunitario indígena, se establece desde el nacimiento y, salvo que se abandone o libremente se renuncie a él, termina sólo con su muerte. Dada la naturaleza cultural del ligamen comunitario, el individuo no se ve involucrado en puntuales aspectos de su actividad, sino en un entero plexo de interacciones en cuanto que se hace partícipe de una forma definida de vida. La Constitución reconoce que dentro de la población colombiana y dentro de su territorio, coexiste junto a la generalidad de los ciudadanos, un conjunto de nacionales cuya diversidad étnica y cultural debe protegerse y garantizarse mediante instituciones que, en cierto grado, justamente por esta razón, se informan en el principio de autodeterminación. No ha juzgado, por tanto, incompatible la Constitución radicar en cabeza de los indígenas derechos y deberes comunes a todos y, al mismo tiempo, extender a éstos derechos especiales por causa de su pertenencia a su comunidad de origen. El arraigo etno-cultural, en este caso, se ha considerado valioso en sí mismo desde la perspectiva de la comunidad y de sus miembros (...) Por consiguiente, sólo en el caso del indígena confluyen, en términos originarios, dos títulos de pertenencia: uno nacional, que lo hace sujeto activo de todos los derechos constitucionales y, otro comunitario, que le brinda la oportunidad de desarrollarse en su comunidad de origen”.

Desde sus primeras sentencias, la Corte ha reconocido a las comunidades indígenas como una realidad histórica y como “verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones¹, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control

social”⁹. De esta manera, el reconocimiento de los miembros de una comunidad como parte de la misma, es el factor que determina su propia existencia.

La pertenencia de los miembros de los pueblos indígenas, tanto a sus comunidades como a la Nación colombiana, y la voluntad del constituyente de “conservar la diversidad en la unidad”¹⁰, es una garantía de sus derechos pero puede suponer también algunas tensiones que la Corte ha resuelto a través de una serie de reglas de interpretación que buscan garantizar ante todo la autonomía de los pueblos indígenas.

En caso de conflicto, los principios reiterados por la jurisprudencia constitucional¹¹ se reducen a los siguientes: (a) A mayor conservación de usos y costumbres de los pueblos indígenas, mayor autonomía¹²; (b) Maximización de la autonomía de las comunidades indígenas o minimización de las restricciones para salvaguardar intereses de mayor jerarquía¹³; (c) Mayor autonomía para la decisión de conflictos internos¹⁴.

En numerosas sentencias¹⁵, la Corte ha abordado el tema de la autonomía indígena, en particular, la facultad de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios, tal y como lo establece el artículo 246 constitucional en los siguientes términos,

ARTICULO 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

La jurisprudencia constitucional¹⁶ ha interpretado el artículo 246 superior, considerando que éste comprende “(i) la facultad de las comunidades de establecer autoridades judiciales propias; (ii) la potestad de establecer y/o conservar normas y procedimientos propios; (iii) la sujeción de los elementos anteriores [(i) y (ii)] a la Constitución y la Ley; (iv) la competencia del Legislador para señalar la forma de coordinación ínter jurisdiccional (definición de competencias), sin que, en todo caso, (v) el ejercicio de la jurisdicción indígena esté condicionado a la expedición de la Ley mencionada”¹⁷.

Un elemento fundamental de la jurisdicción indígena cuando se trata de resolver los conflictos que pueden originarse entre las comunidades indígenas y la sociedad mayoritaria,

así como promover estrategias de coordinación entre la jurisdicción especial y la ordinaria, es el fuero indígena. El fuero ha sido definido como un derecho de los miembros de las comunidades indígenas que se adquiere por el hecho de pertenecer a las mismas, y que consiste en la posibilidad de ser juzgados por las autoridades indígenas, con arreglo a sus normas y procedimientos, y cuyo objeto es el juzgamiento acorde con los usos y costumbres de dichas comunidades. Si bien el artículo 246 de la Carta determina que el Legislador será quien defina las formas de coordinación inter-jurisdiccional, la jurisprudencia ha reiterado que mientras que eso no ocurra, serán el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional los encargados de establecer las reglas para dirimir conflictos de competencia¹⁸.

En lo que concierne al fuero, se distingue entre el factor personal que se refiere al sujeto que debe ser juzgado según las normas y autoridades de su propia comunidad, y el factor territorial, o geográfico, que se relaciona con la posibilidad de que cada comunidad conozca los conflictos y juzgue las conductas que ocurren en su territorio ancestral¹⁹. En este orden de ideas, la sentencia T-496 de 1996, definió una serie de pautas para determinar si una persona tiene derecho al fuero indígena:

“a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin

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

En otras palabras, no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”.

Sin embargo, la autonomía política y jurídica de los pueblos indígenas se encuentra limitada²⁰ por la propia Constitución (art. 246 y 330), que establece que Colombia es un Estado unitario, y que la autonomía de las autoridades indígenas puede ejercerse conforme a sus usos y costumbres siempre y cuando éstos no sean contrarios a la Constitución y a la Ley. A este respecto, ha señalado la Corte Constitucional:

“Sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural”,²¹ afirmación que traduce el hecho de que la diversidad étnica y cultural (C.P., artículo 7°), como principio general, sólo podrá ser limitada cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad que el principio que se pretende restringir (C.P., artículos 246 y 330)”²² (...) el respeto por el carácter normativo de la Constitución (C.P., artículo 4°) y la naturaleza principal de la diversidad étnica y cultural, implican que no cualquier norma constitucional o legal puede prevalecer sobre esta última,²³ como quiera que sólo aquellas disposiciones que se funden en un principio de valor superior al de la diversidad étnica y cultural pueden imponerse a éste”²⁴

Se ha concluido entonces, que cualquier decisión que vulnere los derechos a la vida, lesione la integridad de una persona o constituya actos de tortura y servidumbre, está prohibido, mientras que los demás derechos fundamentales deben ser considerados por el intérprete en los casos concretos²⁵.

En la sentencia T-254 de 1994, una de las primeras que analizó la tensión entre unidad nacional y autonomía de las comunidades indígenas, se plantearon los siguientes principios

para resolverla,

“7.1 A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres – los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

7.2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pese a que la sujeción a la Constitución y a la ley es un deber de todos los nacionales en general (CP arts. 4, 6 y 95), dentro de los que se incluyen los indígenas, no sobra subrayar que el sistema axiológico contenido en la Carta de derechos y deberes, particularmente los derechos fundamentales, constituyen un límite material al principio de diversidad étnica y cultural y a los códigos de valores propios de las diversas comunidades indígenas que habitan el territorio nacional, las que, dicho sea de paso, estuvieron representadas en la Asamblea Nacional Constituyente.

7.3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional – diversidad, pluralismo – y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser

objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

7.4 Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación por parte de las comunidades indígenas”.

En suma, las limitaciones admisibles a la autonomía indígena son las que se refieren “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”,²⁶ o bien sobre los derechos que independientemente de la cultura que se trate, deben ser garantizados, como el derecho a la vida, la dignidad humana, la prohibición de la tortura, la esclavitud y el debido proceso²⁷. En todo caso, la Corte ha reconocido que en cada evento deberán analizarse las circunstancias particulares, el grado de aislamiento de las comunidades, y los criterios y principios interpretativos citados anteriormente.

4.2. La pena y su función en el ordenamiento penal colombiano y en la cosmovisión del pueblo Zenu

Una vez aclarados los principales aspectos relacionados con la materia puramente jurisdiccional, es importante para efectos del presente caso, considerar de manera específica el tema de la pena y la finalidad que ésta cumple tanto en el ordenamiento jurídico nacional como en el marco de la cosmovisión indígena del Pueblo Zenu.

Por un lado, el artículo 4º del Código Penal, establece que la pena cumplirá funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección del condenado.

Asimismo la Ley 65 de 1993 “Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario”, dispone en sus artículos 9º y 10º, que la pena tiene una función protectora y preventiva pero que su fin fundamental es la resocialización a través la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, por lo que las medidas de seguridad buscan la curación, tutela y rehabilitación de los internos.

En este orden de ideas, diversos instrumentos y pactos internacionales reconocidos por el Estado colombiano, han resaltado la finalidad resocializadora y preventiva de la pena. Las “Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos” adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977 disponen que las penas y medidas privativas de la libertad buscan proteger a la sociedad contra el crimen y se justifican siempre que durante el periodo de privación de la libertad el delincuente aprenda a respetar la ley, a partir de mecanismos implementados por el régimen penitenciario, que sean acordes con sus necesidades individuales. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forma parte del bloque de constitucionalidad desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico con la ley 74 de 1968, establece en su artículo 10.3, que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”.

En otras sentencias, se ha enfatizado la función preventiva y resocializadora de la pena considerando que ésta busca de un lado contrarrestar la desobediencia, y de otro, como mecanismo represivo²⁸:

“De una parte, opera preventivamente cuando se amenaza con ella como una forma para contrarrestar la desobediencia haciendo entender al individuo que por la infracción de la disposición legal será castigado. De otra parte, opera represivamente cuando es impuesta para llenar el vacío dejado por la desobediencia de la Ley²⁹.

Entre los principales lineamientos que han sido señalados por la jurisprudencia constitucional para la acción del Legislador en estas áreas, se encuentra aquel según el cual las medidas que se tomen deben estar orientadas por los parámetros de una verdadera política criminal y penitenciaria, que sea razonada y razonable, y en ese sentido se ajuste a la Constitución.

Quiere decir esto, que en desarrollo de sus atribuciones, el Congreso de la República puede establecer cuáles conductas se tipifican como delitos, o cuáles se retiran del ordenamiento; puede asignar las penas máxima y mínima atribuibles a cada una de ellas, de acuerdo con su ponderación del daño social que genera la lesión del bien jurídico tutelado en cada caso; e igualmente, puede contemplar la creación de mecanismos que, orientados hacia la efectiva resocialización de quienes hayan cometido hechos punibles, favorezcan el desestímulo de la criminalidad y la reinserción de sus artífices a la vida en sociedad. En los términos utilizados recientemente por la Corte en la sentencia C-592/98 (M.P. Fabio Morón Díaz), “el legislador, en ejercicio de las competencias constitucionales de las que es titular, puede establecer procedimientos distintos y consagrar regímenes diferenciados para el juzgamiento y tratamiento penitenciario de delitos y contravenciones, pudiendo, incluso, realizar diferenciaciones dentro de cada uno de estos grupos, en la medida en que unos y otros se fundamenten en criterios de razonabilidad y proporcionalidad que atiendan una valoración objetiva de elementos tales como, la mayor o menor gravedad de la conducta ilícita, la mayor o menor repercusión que la afectación del bien jurídico lesionado tenga en el interés general y en el orden social, así como el grado de culpabilidad, entre otros”³⁰

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 (...)”³¹.

La jurisprudencia constitucional³², ha considerado que en el marco del Estado social y democrático de derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, la actual doctrina penal, ha superado la dicotomía entre la pena entendida desde una perspectiva puramente retributiva o preventiva. Si bien al tipificar los delitos se pretende desestimular el crimen, la

imposición de las penas debe responder a criterios retributivos y de reinserción social, “puesto que el objeto del derecho penal en un Estado de este tipo no es excluir al delincuente del pacto social sino buscar su reinserción en el mismo”³³.

De otro lado, y tal y como se desprende del documento enviado a la Corte Constitucional por el Consejero Mayor de la ONIC, relativo a los “Métodos de Control Social del pueblo Zenu”, en ésta comunidad, la pena tiene una finalidad esencialmente reparadora y retributiva si bien es posible identificar también propósitos preventivos.

En las decisiones judiciales que adoptan las autoridades tradicionales, se valoran las circunstancias que rodean el asunto, “ya sea de orden personal como colectivo o cultural, y se valora el daño causado a la comunidad, al individuo, y a la familia”. En el marco de estos procesos, las autoridades tienden a emitir decisiones que busquen la conciliación entre las partes, escuchando las pretensiones y ofrecimientos de los implicados. En casos menos graves, se propende por los llamados de atención, para que el implicado sea aconsejado, o sanado por los mayores de la comunidad, y a veces también se ordenan trabajos en fincas, represas o caminos, o participación en talleres de capacitación. Solo cuando se trata de casos graves, los indígenas son remitidos al Centro de Reflexión y Arrepentimiento Cacique Mexión o a los calabozos y ahí permanecen por tiempo indefinido o hasta que la familia del implicado repare el daño causado. También se utiliza el “cepo” que se ubica en un sitio público, para que cumpla una específica función disuasiva en el radio de la comunidad. Cuando las conductas consisten en desobediencia o desconocimiento de los mandatos de las comunidades, corrupción o cualquier falta relativa a los asuntos públicos del pueblo Zenu, y son cometidas por líderes o autoridades, las sanciones son de orden político y social. Las penas pueden consistir desde la pérdida de la palabra hasta la imposibilidad de ocupar cargos de representación de la comunidad, y en otros castigos, con miras a que se logre la reparación, la reconciliación y finalmente la resocialización del individuo. Se resalta igualmente en el documento que “el régimen sancionatorio de la justicia indígena Zenu, no es de encierro y aislamiento permanente, lo contrario la sanción es de puertas abiertas, y reparativa, para permitir la reconciliación y el sanamiento del individuo con las víctimas y la comunidad”.

4.3. Mecanismos de coordinación entre la autoridad judicial, el INPEC y los indígenas, en relación con el cumplimiento de la pena y de las medidas preventivas

La Constitución establece que el legislador deberá diseñar las estrategias de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena. En la medida en que no ha sido expedida la ley que permita dicha coordinación, al juez le compete en cada caso resolver las controversias que puedan surgir de acuerdo con los principios establecidos por la Corte y que fueron enunciados anteriormente.

En relación con las sanciones y el cumplimiento de las penas, específicamente, se verifican diversas situaciones que han sido tratadas por la jurisprudencia. De un lado, es claro que cuando la infracción implica el desconocimiento de las normas, las tradiciones y prácticas de las comunidades indígenas, la imposición y cumplimiento de las mismas compete a las autoridades comunitarias, quienes deben dictar las sanciones que consideren pertinentes de acuerdo con sus costumbres para que sean observadas en su territorio o resguardo³⁴. También se han presentado otros casos en los cuales las autoridades indígenas imponen una pena de privación de la libertad para que ésta sea cumplida en un establecimiento penitenciario nacional, ya sea porque no cuentan con la infraestructura necesaria o por la gravedad de la falta cometida³⁵. En ambos casos, el único límite al ejercicio de la atribución sancionatoria de las autoridades indígenas admitido por la Constitución y por la jurisprudencia, consiste en el respeto del derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura³⁶ y en general, el respeto por los intereses y valores superiores reconocidos en la Constitución³⁷.

Acorde con lo anterior, es posible que las penas impuestas por los indígenas sean cumplidas en el interior del resguardo según sus prácticas y costumbres, o en un establecimiento del

Estado, pero no es común encontrar eventos en los que la pena privativa de la libertad, o las medidas de aseguramiento impuestas a los indígenas que hayan cometido delitos juzgados por la jurisdicción ordinaria, sean cumplidas en el interior del resguardo, en sus propios centros de reclusión.

La Ley 65 de 1992, no regula este supuesto específico. En efecto, el artículo 16 de la citada Ley, establece que el INPEC es el órgano competente para crear, fusionar, suprimir, dirigir, administrar, sostener y vigilar los establecimientos de reclusión del orden nacional, así como para determinar el lugar de funcionamiento. Dichos establecimientos son, según el artículo 20, cárceles, penitenciarías, cárceles y penitenciarías especiales, reclusiones de mujeres, cárceles para miembros de la Fuerza Pública, colonias, casa-cárceles, establecimientos de rehabilitación y demás centros de reclusión que se creen en el sistema penitenciario y carcelario. A su vez, el artículo 29, dispone que cuando el hecho punible sea cometido por indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado; asimismo se establece que “la autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta”.

En síntesis, quien controla, crea y establece el lugar de funcionamiento de los centros de reclusión, es el INPEC. Entre dichos centros de reclusión -cuya lista no es taxativa-, se encuentran establecimientos especiales. Los indígenas pueden ser retenidos en instalaciones especiales o las que proporcione el Estado. En fin, el titular de la potestad de decidir la reclusión en lugares especiales es la autoridad judicial competente o el Director del INPEC.

De la lectura de las normas del Estatuto Carcelario, se infiere que no existe una prohibición para que los indígenas cumplan sus penas en establecimientos especiales de reclusión en otro tipo de centros a nivel nacional, que sean reconocidos por el INPEC como la entidad competente para crear, establecer y autorizar el lugar de los mismos. La interpretación de las normas carcelarias desde una perspectiva constitucional, llevaría a plantear en términos generales, la necesidad de que el cumplimiento de la pena, ya sea en los establecimientos del Estado, o en centros especiales de reclusión creados o reconocidos por el INPEC, se realice respetando los principios de diversidad étnica y cultural.

En la sentencia C-394 de 1995, se analizó la constitucionalidad de algunas normas del Estatuto Carcelario, entre las cuales el artículo 29 sobre las condiciones especiales de reclusión para algunas personas como los indígenas. En aquella ocasión, esta Corporación consideró que los indígenas no debían ser reclusos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución. A propósito de la reclusión de los indígenas en centros especiales de reclusión, se expresó:

“En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y ley. 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”³⁸.

No bastaría entonces con establecer unos lineamientos generales de interlocución con las autoridades indígenas, como las contenidas en el documento de “Pautas del programa de integración social de grupos en condiciones excepcionales” del INPEC, cuando uno de sus miembros cumple la medida preventiva o la condena en un establecimiento del Estado, ni siquiera si éste se encuentra en un pabellón especial. El respeto y la realización de los principios constitucionales de pluralidad y diversidad cultural exigen mecanismos de coordinación más eficaces, especialmente cuando se trata del cumplimiento de una pena cuya finalidad desde la perspectiva mayoritaria y desde la cosmovisión de las comunidades indígenas, no siempre coincide. No obstante se haya resuelto el conflicto de competencias entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial a favor de la primera, esta situación no implica que a nivel del cumplimiento de la pena, no se exija la coordinación entre autoridades nacionales y tradicionales, por el significado que tiene la finalidad de la pena para ciertas comunidades indígenas, que no la consideran solamente desde el punto de vista retributivo y sancionatorio, sino desde otras perspectivas, como la sanación, la reparación de la víctima y de la comunidad misma, como sujeto colectivo afectado.

Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada

por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural.

En mérito de lo expuesto, se considera que en los casos en los que se ha resuelto el conflicto de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena a favor de la primera y, por ende, la decisión sobre el cumplimiento de la pena compete a las autoridades judiciales y al INPEC, siempre que así las autoridades indígenas lo soliciten en razón de su particular visión frente a la pena y a su finalidad, sería importante establecer mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural. Como lo ha dicho en otras ocasiones la Corte, en una sociedad pluralista, como la que proclama nuestra Carta Política, ninguna visión del mundo debe primar ni imponerse. Al aceptar la diversidad de culturas y los diferentes sistemas normativos que existen en nuestro país, la Constitución reconoce el pluralismo legal y exige una articulación de éstos últimos de manera que se promueva el consenso intercultural.

4.4. Caso concreto

En el presente caso se trata de establecer si las medidas de detención preventiva y la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción ordinaria, pueden ser purgadas en establecimientos de reclusión indígenas que no han sido reconocidos como establecimientos especiales de reclusión por el INPEC.

De un lado el apoderado de la comunidad indígena y de los procesados, alega que los señores Pedro Cesar Rojas Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández, condenados en primera instancia por la jurisdicción ordinaria, se encuentran reclusos en el Centro Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” desde el 22 de noviembre de 2006, con ocasión de la medida de aseguramiento dictada por la Unidad Nacional de Derechos

Humanos y DIH de la Dirección Nacional de Fiscalías. Por lo anterior solicita que ese centro sea reconocido por el INPEC y que, en consecuencia, mediante acto administrativo se tenga en cuenta el tiempo de privación de la libertad que han cumplido dichos indígenas en el Centro “Cacique Mexión”.

De otro lado, el INPEC argumenta que no es posible considerar el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena “Cacique Mexión” como parte de la estructura de centros penitenciarios y carcelarios porque el mismo no cumple con las condiciones de infraestructura y seguridad exigidas por esta entidad. Además, establece que actualmente en los establecimientos de orden nacional tanto a nivel penitenciario como carcelario, existen condiciones especiales para la población indígena. Señala que cuando la jurisdicción ordinaria juzga a los miembros de las comunidades indígenas, éstos deben ser reclusos en centros del INPEC. Adicionalmente, advierte que la entidad competente para decidir que los indígenas sigan reclusos en ese Centro de Reclusión, es la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá que es la autoridad encargada del proceso penal contra dichos indígenas.

La jurisprudencia de la Corte ha interpretado las disposiciones relativas a la autonomía indígena de manera amplia aunque enmarcada en el reconocimiento de la normatividad nacional y los principios superiores de la Constitución. El respeto de la autonomía parte del reconocimiento de una serie de normas propias de las comunidades, así como de sus instituciones y autoridades, y de la jurisdicción y mecanismos de administración de la justicia que directamente les incumben. Si bien Colombia respeta la diversidad cultural y la autonomía indígena, cuando en casos como el presente, miembros de estas comunidades cometen delitos sancionados por la jurisdicción ordinaria, y cuando el conflicto de competencia se resuelve a favor de la misma, es necesario tomar medidas para sancionar y prevenir hechos futuros similares, pero que a la vez propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley.

En el caso que nos ocupa, se encuentra probado que los indígenas Pedro Cesar Rojas Pestana y Antonio de Jesús Martínez Hernández, fueron condenados en primera instancia por el Juzgado Segundo Penal Civil del Circuito Especializado de Bogotá, el 28 de septiembre de 2009 a la pena de seis años de prisión y a una multa de 2000 S.M.L.M.V., por el delito de concierto para delinquir por supuesta asociación con las autodefensas ilegales del bloque “Héroes de Montes de María”. La sentencia fue apelada ante la Sala Penal del Tribunal

Superior de Bogotá, que a la fecha no se ha pronunciado aún sobre este asunto. Entre tanto, el 21 de noviembre de 2006, la Dirección Nacional de Fiscalías, Unidad Nacional de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, al resolver la situación jurídica de los indígenas Pestana Rojas y Martínez Hernández, les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva y ordenó su captura. Sin embargo, el 22 de noviembre de 2006, los indígenas se presentaron ante las autoridades tradicionales zenúes del Resguardo de San Andrés de Sotavento, Córdoba Sucre, donde el Cabildo Mayor, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, levantó un “Acta de Entrega Voluntaria” procediendo a la captura de los indígenas y a su envío al Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” en el territorio del resguardo, lugar en el que permanecen reclusos los indígenas hasta la fecha. El apoderado de lo indígenas y de la comunidad solicita reconocer a la luz del artículo 29 de la Ley 65 de 1993 al Centro “Cacique Mexión” como un Establecimiento de Reclusión Especial tanto para las autoridades tradicionales indígenas, como por los jueces y los magistrados de la República; además pide que se establezcan relaciones de coordinación y asistencia entre el INPEC y las autoridades indígenas tradicionales. En este sentido, igualmente solicita que se autorice mediante acto administrativo, que los indígenas Pestana Rojas y Martínez Hernández permanezcan reclusos en el Centro de Reclusión “Cacique Mexión” con ocasión de la medida de aseguramiento de detención preventiva impuesta por la Unidad Nacional de Derechos Humanos y DIH de la Dirección Nacional de Fiscalías. La petición se extiende desde luego a que se reconozca mediante acto administrativo el tiempo privación de la libertad que han cumplido dichos indígenas en el Centro “Cacique Mexión”.

Frente a las peticiones del apoderado de la comunidad indígena, la Sala reconoce, como se señaló anteriormente, la importancia y la necesidad de diseñar y establecer mecanismos efectivos de coordinación entre las autoridades judiciales, el INPEC y las autoridades tradicionales, con el fin de propiciar un dialogo multicultural y establecer condiciones adecuadas para el cumplimiento de la pena de los indígenas de forma que se ejecute la condena en armonía con los usos, prácticas y costumbres de la comunidad.

Lo anterior cobra mayor relevancia en este contexto particular, dado que tal y como lo manifestó la coordinadora del Grupo de Asuntos Penitenciarios, en comunicación dirigida a la Magistrada del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá encargada de fallar en segunda instancia el proceso penal contra los accionantes, los establecimientos de reclusión del INPEC más cercanos al Departamento de Córdoba están ubicados en Tierra Alta y

Montería y no cuentan con un pabellón exclusivo para indígenas, no obstante en la actualidad se encuentren reclusos indígenas a los que se dice, sin especificar de qué manera, se les brinda un tratamiento penitenciario acorde con su condición³⁹.

Empero, en relación con la pretensión de reconocimiento del Centro de Reclusión “Cacique Mexión” por parte del INPEC, así como de la autorización mediante acto administrativo para que los indígenas continúen reclusos en el mismo y se les tenga en cuenta el tiempo de reclusión en el resguardo, la Sala estima que la presente tutela no puede prosperar.

No es posible pronunciarse sobre las pretensiones que solicita el apoderado de los accionantes en la medida en que todavía no hay sentencia ejecutoriada con relación al asunto bajo estudio. Así las cosas, es a la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, a quien compete decidir cuál es la condena y el lugar de cumplimiento de la misma, sin que pueda interferir el juez de tutela en estas decisiones que no le competen de ninguna manera.

Tampoco encuentra la Sala que se haya desconocido el derecho propio de la comunidad indígena Zenú, y los derechos fundamentales de los señores Pedro César Pestana Rojas y Antonio de Jesús Martínez Hernández al derecho propio, al debido proceso y al juez natural. En efecto, a pesar de que en la acción de tutela se reivindicán tales derechos, las pretensiones de la misma no están dirigidas a solicitar que el caso sea juzgado por la jurisdicción especial indígena. El conflicto de competencia ya fue resuelto en su momento por el Consejo Superior de la Judicatura que el 31 de enero de 2007, al dirimir el conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, consideró que la primera era la competente. Por esta razón, no puede alegarse ahora, a través de la acción de tutela, un desconocimiento del derecho propio, el juez natural y el debido proceso. Por el contrario, se considera que se han cumplido todos los pasos requeridos en este tipo de situaciones en las que puede presentarse un conflicto de competencia, se ha asignado al juez ordinario esta función y se ha llevado a cabo el proceso según lo señala la ley ordinaria.

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.

No se discute en este proceso que los demandantes de tutela se encuentren sujetos a la jurisdicción penal ordinaria. Lo que se pretende es que no obstante esta circunstancia de carácter judicial, la pena impuesta se cumpla bajo las condiciones de la jurisdicción indígena y en el lugar de reclusión asignado por la propia comunidad. El legislador –titular de la reserva legal—podría autorizar por vía general que las penas decididas por los jueces ordinarios relativas a indígenas se ejecuten en centros de reclusión de las comunidades indígenas que sean habilitados por la autoridad penitenciaria. Se trataría en verdad de un avance normativo que reflejaría bien el ideario constitucional asentado en el pluralismo étnico-cultural y en la propia filosofía de la pena. Dado sin embargo que este desarrollo normativo debe respetar el principio de legalidad de las penas y de su ejecución, no será el juez de tutela el llamado a sustituir o a anticipar en este sentido la anhelada y conveniente evolución normativa. Aquí debe anotarse que una cosa es un vacío normativo y, otra, muy distinta, un desarrollo normativo. No se advierte en este asunto vacío normativo alguno, puesto que la ley regula integralmente la materia, aunque todavía se avizore un desarrollo posible que estará librado a la libre configuración normativa del órgano competente.

De alegarse que el régimen penitenciario vigente permite que la pena impuesta por un juez ordinario a un indígena pueda pagarse en un centro de reclusión comunitario, la operatividad de esa autorización dependería tanto de la decisión del juez competente –que no del juez de

tutela—y, naturalmente, de la previa habilitación y autorización de la autoridad penitenciaria. Si en ausencia de los dos requisitos, por cierto concurrentes y previos, las personas condenadas y la autoridad indígena, por sí y ante sí deciden que la sanción se cumpla en un centro de reclusión comunitario, el periodo de privación de la libertad cumplido en esas condiciones es enteramente inoponible y en modo alguno vinculante para los efectos de la justicia ordinaria. Las sanciones se imponen por parte de los jueces competentes y se ejecutan y cumplen en los términos de la ley y de las específicas y concretas decisiones de aquéllas. No admite el ordenamiento constitucional, sin violar el debido proceso, la igualdad de todos ante la ley y, sobre todo, el principio de legalidad de la pena, que existan sanciones de facto o cumplimiento de facto de una pena establecida legal y judicialmente.

Admitir y regularizar forzosamente ex post este tipo de situaciones, entrañaría un privilegio para la persona que como ciudadano no tiene título alguno para reclamar un tratamiento diferente del previsto para con los demás. Tampoco un condenado que por estar dentro del radio de acción de la justicia ordinaria no puede aspirar sino a recibir de las autoridades el mismo tratamiento general, puede pretender moldear las instituciones y generar arreglos institucionales dirigidos a validar situaciones que desde un principio no se ajustaban a la normativa legal de carácter general. El miembro de la comunidad indígena es portador de derechos fundamentales que como tales no son privilegios; pero fuera del ámbito de los mismos, como ciudadano y cuando es sujeto imputado o condenado por la jurisdicción ordinaria, no está por encima ni por debajo de la ley general y abstracta. Aquí en este campo, la garantía es estar sujeto a la misma ley sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión pública o filosófica.

De acuerdo con lo anterior, la Sala no accederá a las pretensiones del accionante en el sentido de ordenar al INPEC el reconocimiento del Centro de Reclusión “Cacique Mexión”, ni tampoco ordenará que se tenga en cuenta el tiempo de reclusión en el resguardo, por considerar que no compete al juez de tutela pronunciarse sobre este asunto. Sin embargo, le corresponderá al INPEC y a la autoridad judicial competente, al momento de definir la pena y su lugar de ejecución, hacer efectivo el principio superior de respeto de la diversidad étnica y cultural consagrado en la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR el fallo proferido por Juzgado 51 Penal del Circuito de Descongestión de Bogotá el 17 de junio de 2011 que negó las pretensiones de los accionantes contra el INPEC.

SEGUNDO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Contra esta decisión se interpuso recurso que se resolvió confirmándola mediante providencia de febrero de 2011

2 Sentencia de única instancia. Ver folios 108 a 118 del Cuaderno # 1

3 Los miembros de la comunidad indígena y la propia comunidad como sujeto colectivo afectado, confirieron poder al doctor Guillermo Mendoza Diago portador de la tarjeta profesional # 11.517 del CSJD para interponer acción de tutela en su nombre contra el INPEC, tal y como consta en los Folios 1 a 3 del cuaderno # 1.

<http://www.inpec.gov.co/portal/page/portal/Inpec/SeccionInpeccomoinstitucion/ReseniaHistorica>

5 De conformidad con la Sentencia SU-961 de 1999: “la razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, entonces, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros. Si bien el término para interponer la acción de tutela no es susceptible de establecerse de antemano de manera afirmativa, el juez está en la obligación de verificar cuándo ésta no se ha interpuesto de manera razonable, impidiendo que se convierta en factor de inseguridad, que de alguna forma afecte los derechos fundamentales de terceros, o que desnaturalice la acción. En jurisprudencia reiterada, la Corte ha determinado que la acción de tutela se caracteriza por su ‘inmediatez’. (...) Si el elemento de la inmediatez es consustancial a la protección que la acción brinda a los derechos de los ciudadanos, ello implica que debe ejercerse de conformidad con tal naturaleza. Esta condiciona su ejercicio a través de un deber correlativo: la interposición oportuna y justa de la acción”.

6 Decreto 2001 de 1998. ARTICULO 2o. DEFINICIONES. Parcialidad o comunidad indígena. “Entiéndese por parcialidad o comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social interno que los distinguen de otras comunidades rurales”.

7 SU- 510 de 1998: “En general, la Corporación ha entendido que los artículos 1° y 7° de la Carta Política consagran el principio de respeto a la integridad y diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los artículos 8° (protección de la riqueza cultural de la nación), 9° (derecho a la autodeterminación de los pueblos), 10 (oficialidad de lenguas y dialectos de los grupos étnicos), 68 (respeto a la identidad en materia educativa), 70 (cultura como fundamento de la nacionalidad colombiana y reconocimiento de la igualdad y dignidad de todas las culturas) y 72 (protección del patrimonio arqueológico de la nación) constitucionales.⁷ A este respecto, no sobra advertir que las normas constitucionales citadas, sobre las cuales se funda la especial protección que se dispensa a las comunidades

indígenas, resultan fortalecidas y complementadas por lo dispuesto en el Convenio N° 169 de la O.I.T., sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991.

1 T-380 de 1993: “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser “sujeto” de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a “la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana” (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. No puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)”.

9 T-254 de 1994

11 T-617 de 2010, T-514 de 2009, T-1253 de 2008, T-704 de 2006, SU-510 de 1998, T-349 de 1996, C-139 de 1996, entre otras

12 T-254 de 1994: “La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres – los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”. Mas adelante, la sentencia T-903 de 2009 precisaría que un grado menor de conservación de

la cultura no implica menor protección de una comunidad: “La decisión de una comunidad indígena, con un grado escaso de conservación de sus tradiciones, en el sentido de iniciar un proceso de recuperación cultural debe ser respetada, de la misma forma y en el mismo grado que la decisión de otra comunidad, con alta conservación de sus tradiciones, de incorporar formas sociales propias de la cultura mayoritaria.”

13 T-903 de 2006 reiterando las sentencias SU-510 de 1998, T-394 de 1996 y T-254 de 1994. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”): de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, solo son admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, cuando estas (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas. La evaluación sobre la jerarquía de los intereses en juego y la inexistencia de medidas menos gravosas, debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad”.

14 T-903 de 2006 reiterando las sentencias SU-510 de 1998, T-394 de 1996 y T-254 de 1994. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el respeto por la autonomía debe ser mayor cuando el problema estudiado por el juez constitucional involucra solo a miembros de una comunidad que cuando el conflicto involucra dos culturas diferentes, debido a que en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión

15 SU-510 de 1998. “Los derechos diferenciados en función de grupo que la Constitución y la ley reconocen a las comunidades indígenas, se relacionan con su territorio, la autonomía en el manejo de sus propios asuntos, el uso de su lengua y, en fin, el ejercicio de la jurisdicción conforme a las normas y procedimientos plasmados en sus usos y costumbres, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la república”.

16 T- 903 de 2009, C-139 de 1996

17 Ibidem

18 T-254 de 1994, C-139 de 1996 y T-514 de 2009

19T-496 de 1996

20 T-405 de 1993 y T-254 de 1994

21 ST-349/96; ST-523/97

22 SU-510 de 1998

23 ST-428/92; SC-139/96

24 Según la ST-254/94, las disposiciones constitucionales que permiten derivar la anterior conclusión resultan complementadas por los artículos 8° y 9° del Convenio N° 169 de la O.I.T. (Ley 21 de 1991), conforme a los cuales los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar y a conservar sus usos y costumbres, “siempre que éstos no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.”

25 T-903 de 2009

26 T-349 de 1996

27 T-254 de 1994: “La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”

28 C-393 de 2002

29 Sentencia C-565 de 1993 M.P. Hernando Herrera Vergara. Con aclaración del voto.

30 T-393 de 2002

31 T-635 de 2008.

32 C-592 de 1998, C-430 de 1996, C-565 de 1993, T-596 de 1992

33 C-261 de 1996

34 T-349 de 1996

35 T-1026 de 2008, T-239 de 2002

36 T-523 de 1997

37 T-496 de 1996, T-523 de 1997, SU-039 de 1997, T-606 de 2001 y T-811 de 2004

38 C-394 de 1995

39 Folio 96, Cuaderno # 1