

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Causales de procedencia

FUERO INDIGENA-Concepto

FUERO INDIGENA-Elementos

El fuero indígena comprende dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. De acuerdo con la jurisprudencia, para establecer el fuero es necesario tener en cuenta también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva, así como la naturaleza de los comportamientos que son objeto de juzgamiento.

FUERO INDIGENA-Requisitos del elemento subjetivo

En relación con el elemento subjetivo, destaca la Corte que el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres.

COMUNIDAD INDIGENA-Diferentes tratamientos en asuntos penales

El ordenamiento jurídico contempla tres posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es sólo una condición parcial; en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no

declarada inimputable.

FUERO INDIGENA-Criterios para determinar el elemento territorial

COMUNIDAD INDIGENA-Condiciones para el ejercicio de funciones jurisdiccionales

La Constitución habilita a las autoridades de los pueblos indígenas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Para que tal habilitación pueda hacerse efectiva, se requiere, en primer lugar, que las autoridades tradicionales estén debidamente conformadas y en capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Esto es, una comunidad indígena asentada en un determinado territorio debe contar con autoridades tradicionales que ejerzan funciones de control social como presupuesto para la procedencia de la jurisdicción indígena. La autoridad indígena debe exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento. Ello puede ocurrir cuando reclama para sí el juzgamiento ante la respectiva autoridad judicial, o cuando de manera previa o simultánea ha asumido el conocimiento de los hechos de acuerdo con sus usos tradicionales.

JURISDICCION INDIGENA-Condiciones de procedencia

En síntesis, para que proceda la jurisdicción indígena se requiere que la conducta que pretende someterse a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad.

VIA DE HECHO-Por falta de oportunidad para que se planteara el conflicto de jurisdicciones

Como se ha señalado, a partir de lo manifestado por el defensor de oficio en la audiencia de juzgamiento, el juez penal habría podido abrir, de manera extraordinaria, una oportunidad para que se plantease el conflicto de jurisdicciones. El no haberlo hecho así configura una vía de hecho que daría lugar a que en sede de revisión se brindase esa oportunidad extraordinaria para que se plantee el conflicto de jurisdicciones, lo cual impondría, a su vez, que se dejase sin efecto todo lo actuado por la justicia ordinaria penal y el asunto se remitiese al Consejo de la Judicatura para que se resolviese el conflicto de jurisdicciones. Ello,

sin embargo, tal como para una situación similar se puso de presente por la Corte en la Sentencia T-728 de 2002, podría tener un impacto negativo sobre la oportunidad y eficiencia de la administración de justicia, en el evento en el que la decisión final estuviese del lado de la jurisdicción ordinaria, la cual tendría, entonces, que repetir todo lo actuado. En tal caso, señaló la Corte, la prudencia indica que lo adecuado es que en sede de revisión se pase directamente a establecer si están dados los presupuestos para que proceda el fuero indígena, para que, si ellos no se cumplen, se confirmen las decisiones proferidas por los jueces penales ordinarios y, por el contrario, si concurren los elementos del fuero indígena, se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía indígena, se deje sin efecto todo lo actuado por la jurisdicción penal ordinaria y se ordene la entrega del indígena y de las pruebas obrantes en el expediente, para que sea juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos de su comunidad.

JURISDICCION INDIGENA-Aplicación en conflictos interculturales

Referencia: expediente T-706811

Accionante:

Saulo Botina Fandiño

Demandado:

Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, Putumayo

Magistrado Ponente:

Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá, D.C., doce (12) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-706811 instaurado por Saulo Botina Fandiño contra el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, Putumayo.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

Saulo Botina Fandiño, obrando a través de apoderado, presentó, ante la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto, acción de tutela en contra del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, Putumayo, por una presunta violación de sus derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa técnica, por cuanto considera que el juzgado, al no declarar la nulidad de lo actuado en el proceso penal que se le seguía, por falta de competencia, y al no ordenar remitir las diligencias a las autoridades del pueblo Cofán para que se adelantara el juzgamiento en aplicación de la Jurisdicción Especial Indígena, incurrió en una vía de hecho.

2. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto del 19 de noviembre de 2002, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto decidió admitir la demanda y correr traslado de la petición de amparo al señor Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, a fin de que si lo estimaba oportuno procediese a descorrerlo e invocase las pruebas que quisiera hacer valer.

Dispuso así mismo el Tribunal que el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís y/o el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, Cauca, "... como quiera que se afirma que el convicto Botina Fandiño, se encuentra recluso en la Penitenciaría Nacional San Isidro, del Distrito Judicial de Popayán, por el medio más ágil y dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la solicitud, remitirá con destino a este despacho, copia de la resolución acusatoria y de la sentencia o sentencias proferidas contra el accionante Saulo Gil Botina Fandiño por el delito de homicidio a que se refiere el contenido de la petición [de tutela] ...".

Se ordenó, además, en el mismo auto, enterar a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 16 del Decreto 2591 de 1991.

El contenido del anterior auto se comunicó por la Secretaría de la Sala del Tribunal a la apoderada del accionante, al Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís y al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán.

3. Oposición a la demanda

El Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, mediante escrito de 20 de noviembre de 2002, describió traslado de la acción de tutela de la referencia, aportando la relación de algunos elementos fácticos y copia tanto de la resolución de acusación, como de la sentencia dictadas contra Saulo Gil Botina Fandiño en noviembre 15 de 1995 y marzo 25 de 1998, respectivamente.

1. Los hechos

1. El 19 de febrero de 1983, en la localidad de Puerto Colón – San Miguel, Departamento del Putumayo, SAULO GIL BOTINA dio muerte con arma de fuego a ELEUTERIO CRIOLLO DESCANCE y causó heridas en una pierna a JAIME QUETA CRIOLLO. Todas estas personas residían en la vereda El Ají, San Miguel, Municipio de Puerto Asís.

1. Con base en la denuncia verbal que por los anteriores hechos presentó Jaime Quetá Criollo, el Juzgado Cuarto Promiscuo Territorial de Puerto Asís decidió abrir investigación penal, decretar algunas pruebas y oír en indagatoria a Saulo Gil Botina, quien se encontraba retenido e incomunicado.

1. Notificado de la anterior determinación, Saulo Gil Botina solicitó que se le designase defensor de oficio y manifestó que posteriormente constituiría apoderado.

1. El veintisiete de febrero de 1983 Saulo Gil Botina rindió versión en indagatoria por los delitos de homicidio y lesiones personales. Ese mismo día designó apoderado judicial. En su indagatoria expresó que el día de los hechos se encontraba en Puerto Colón-San Miguel a donde había acudido para hacerse examinar de un indígena, puesto que se encontraba enfermo de gravedad. Agregó que el indígena le había manifestado que el origen de su

enfermedad estaba en un mal que le habían hecho otros indígenas como para matarlo, y que al salir, aburrido y enfermo, se encontró con las personas que le habrían hecho las brujerías, a quienes les preguntó la razón por la cual le hacían males sin ninguna necesidad. Se produjo entonces un altercado y un forcejeo, y como tales personas siempre solían ir armadas, sacó un revolver y les disparó, con las consecuencias conocidas.

1. Mediante providencia de marzo 4 de 1983 el Juzgado Cuarto Promiscuo Territorial de Puerto Asís decretó la detención preventiva de Saulo Gil Botina.

1. En el proceso se recibieron diversos testimonios y, por solicitud del sindicato, se llevó a cabo una ampliación de la indagatoria, sin embargo, pese a la insistencia del juez, por problemas administrativos, se dilató la práctica de la necropsia del occiso.

1. El 20 de junio de 1983 el apoderado del sindicato solicitó que se practicasen algunos careos y que se ordenase la reconstrucción de los hechos, con base en los testimonios que obraban en el expediente.

1. El 25 de junio de 1983 se realizó la exhumación y la necropsia en el cadáver de Eleuterio Criollo Descanse.

1. El 26 de agosto de 1983 el apoderado del sindicato solicitó que "... se conceda el beneficio de excarcelación caucionada a mi patrocinado, habida cuenta de que se halla vencido el término de 180 días de privación efectiva de su libertad, y no se ha calificado el mérito del sumario." Puso de presente que se encontraba pendiente la práctica de la prueba de reconstrucción de los hechos y los careos solicitados, razón por la cual no era procedente cerrar la investigación.

1. Mediante providencia de septiembre 20 de 1983, el Juzgado Primero Superior de Pasto resolvió dejar en libertad provisional a Saulo Gil Botina Fandiño, previa suscripción de un acta de presentaciones periódicas cada 15 días al juez del lugar donde fije su residencia, y depósito de una caución de dos mil pesos.

1. Habiéndose cumplido la anterior providencia, el proceso continuó su trámite orientado a recaudar las pruebas decretadas. Sin embargo, ello no fue posible porque no se pudo ubicar a las personas que debían participar en las diligencias, quienes, al parecer, habían cambiado de lugar de residencia.

1. Después de varias vicisitudes procesales, entre las que se cuenta un cambio de legislación procesal y sucesivos cambios de competencia, el 31 de julio de 1995, la Unidad Especial de Administración Pública Fiscalía Once Seccional (descongestión) de Pasto resuelve declarar cerrada la investigación. De esta decisión se envió comunicación al sindicato y a su defensor, sin que conste que las hubiesen recibido. El asunto se dejó a disposición de las partes para que presentasen los alegatos de conclusión.

1. Mediante providencia de 15 de noviembre de 1995 la Fiscalía Once Seccional de Pasto profirió resolución de acusación contra Saulo Gil Botina Fandiño por el delito de homicidio y decidió declarar extinguida la acción penal respecto de los delitos de porte ilegal de armas y lesiones personales.

1. La anterior providencia no se pudo notificar al sindicato por cuanto para entonces no residía en Puerto Asís y se desconocía el lugar de su residencia. Tampoco fue posible notificar a su apoderado.

1. El cinco de mayo de 1997 la Fiscalía Cincuenta Seccional, teniendo en cuenta que no había sido posible notificar la resolución de acusación al sindicado o a su defensor dispuso que se designase un nuevo defensor de oficio.

1. El 7 de Julio de 1997 asumió el conocimiento de la investigación el Juzgado Penal del Circuito de Mocoa. Cumplidas las ritualidades procesales, el siete de octubre de 1997 tuvo lugar la audiencia pública de juzgamiento, sin la presencia del sindicado y del representante del Ministerio Público.

1. En la audiencia la Fiscalía manifestó que existían elementos probatorios suficientes para solicitar sentencia condenatoria y desestimó los argumentos justificativos que habían sido presentados por el sindicado en su indagatoria.

1. El abogado defensor, por su parte, manifestó que para resolver, el juez debía tener en cuenta que tanto el sindicado como las víctimas pertenecían a la etnia indígena de los Cofanes, asentada en esos territorios desde tiempos inmemoriales y que sólo empezó a tener contacto con la cultura occidental a partir de la década de 1960. Expresó que, en ese contexto, el sindicado debía tenerse como inimputable por inmadurez psicológica, según lo preceptuado por el artículo 31 del Código Penal. Y que por consiguiente su conducta no sería ni típica, ni antijurídica, ni culpable. Agregó que, por otro lado, la conducta podría inscribirse en la causal segunda del artículo 40 del Código Penal puesto que cabría afirmar que el sindicado obró por insuperable coacción ajena y que la conducta por él realizada, si bien censurable en nuestra cultura, es justificable desde la perspectiva indígena, porque se trataría de una venganza legítima según sus usos y costumbres, como reacción frente a quienes, en la versión de un curandero tradicional, eran responsables de los grave males que lo afectaban. En consecuencia solicita proferir sentencia absolutoria, "... haciendo la información pertinente a las autoridades indígenas del cabildo de San Miguel, para que aplique la sanción que sea procedente por no existir dolo, por no tener conocimiento y querer".

1. Por razones de competencia, en este estado del proceso, el expediente fue enviado al Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís para fallo. El juez mediante providencia del 25 de marzo de 1998, decidió condenar a Saulo Gil Botina Fandiño a la pena principal de diez años de prisión y a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y prohibición de consumir bebidas alcohólicas por tres años, como responsable del delito de homicidio cometido el 19 de febrero de 1983 en San Miguel, Putumayo.

Para tomar su determinación, el juez consideró que estaban plenamente acreditadas en el proceso las condiciones de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Puso de presente que, como presupuesto de la culpabilidad, debía analizarse la imputabilidad del sindicado. Señaló que si bien se debe tratar como inimputable al indígena que vive de acuerdo con las condiciones de su comunidad, extrañas al sistema occidental, en este caso, el procesado "... no pertenecía a la etnia indígena, como manifiesta la defensa, su declaración expresa desprecio a esos sencillos y respetables congéneres, y de lo conocido de sus ascendientes, no aparece vínculo de raza con la del occiso, aparte claro está del mestizaje ancestral y de siglos que enriquece la raza colombiana." A partir de la consideración de que el motivo que llevó al acusado a cometer el crimen fue la creencia de que los indígenas la habían hecho brujerías que lo tenían gravemente enfermo, el juez concluyó que "... el enjuiciado al ejecutar el acto que se le imputa, comprendió la ilicitud del hecho y se determinó en el acto de acuerdo con esa comprensión, voluntariamente omitió el deber de actuar conforme a derecho, pudiendo y debiendo actuar diversamente, es decir obró culpablemente ...".

1. En ejecución del anterior fallo, Saulo Gil Botina Fandiño fue capturado el 5 de agosto de 2002 en el Departamento del Cauca. Por determinación del Juzgado Promiscuo Civil del Circuito de Puerto Asís, fue internado en la Penitenciaría Nacional San Isidro de Popayán, hasta que las autoridades competentes decidiesen el lugar definitivo en donde se purgaría la condena.

1. Mediante apoderado judicial, el 13 de noviembre de 2002, Saulo Gil Botina Fandiño interpuso ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto acción de tutela contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, por considerar que le habían sido vulnerados sus derechos al debido proceso y a la defensa técnica.

1. Mediante escrito de octubre 31 de 2002 dirigido al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y que se acompañó a la demanda de tutela, Querubín Quetá Alvarado, Diomedez Díaz, Ofelia Quetá Alvarado y María Toiqema Jimebiaño, quienes se presentaron como Cacique Cofán, el primero, y como autoridades tradicionales, los demás, manifestaron que coadyuvaban las peticiones presentadas por Saulo Gil Botina Fandiño mediante acción de tutela, para que se le respeten sus derechos como indígena y se remitan las diligencias al Consejo de Ancianos, Casa Indígena del Pueblo Cofán, en la Hormiga Putumayo, para que sea juzgado de acuerdo con sus costumbres.

1. Fundamento de la acción

Manifiesta la apoderada del accionante que el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, "... al no declarar la nulidad de lo actuado por falta de competencia y no ordenar remitir a las autoridades del pueblo COFAN las diligencias para que se adelantara el juzgamiento acorde a la competencia jurisdiccional que les corresponde en aplicación a la JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA, incurrió en manifiesta violación al derecho fundamental al DEBIDO PROCESO...".

Agrega que la actuación del juez accionado resulta contraria a la garantía de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano prevista en la Constitución y que es violatoria del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 superior, porque no se le dio al sindicado un tratamiento que resultara acorde con sus características diversas y sus circunstancias particulares.

Expresa que la sentencia atacada "... va en contra de lo dispuesto por los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT 'sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes' ratificado por la ley 21 de 1.991".

Señala que a partir de las pruebas que obran en el sumario es posible establecer que existían varios indicios sobre la calidad de indígena de Saulo Gil Botina Fandiño, lo cual habría sido pasado por alto por los jueces que conocieron en las distintas etapas del proceso, quienes no desplegaron actividad alguna orientada a verificarlo, y que de haberlo hecho así, necesariamente el proceso debía haberse remitido a las autoridades de la comunidad indígena a la que pertenece el sindicado.

Pone de presente que la condición de indígena del sindicado fue manifestada por éste desde su indagatoria y que a ella se refirió el defensor de oficio en la audiencia pública, para solicitar la absolución del acusado por considerarlo inimputable. Para acreditar la condición de indígena del accionante acompaña diversas certificaciones de autoridades tradicionales del pueblo COFAN y certificación del Ministerio del Interior, en la cual se hace constar que en el Municipio de la Hormiga, Departamento del Putumayo, "... existe la comunidad indígena Bocana de Luzón, afiliada a la Mesa Permanente de Trabajo por el pueblo Cofán mediante resolución 66 de 6 de agosto de 1998", y que "... según certificación del Gobernador del Cabildo del 28 de agosto de 2002, el Taita SAULO GIL BOTINA identificado con cédula de ciudadanía 15.560.055 de Puerto Guzmán, es autoridad médico tradicional y se encuentra en el censo de la comunidad ."

Expresa que la conducta del sindicado se desarrolló en un contexto cultural indígena, dentro del cual resulta explicable la creencia de que la brujería de que había sido objeto podría conducirlo a la muerte, motivo que lo habría llevado a defenderse en los hechos que fueron objeto del proceso penal.

Cuestiona, además, al fallador en el proceso penal, debido a que, sin que existiera averiguación acerca de la condición o no de indígena del acusado, lo descalificó como tal.

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela manifiesta que el accionante no cuenta con otro medio de defensa, puesto que ni él ni el apoderado de oficio que se le asignó en el proceso penal "... asistieron a la Audiencia Pública en la cual se profirió el Fallo correspondiente dentro de la causa penal, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís - Putumayo, por lo tanto no se enteró del mismo y no se le pudo notificar, según consta en el proceso." Agrega que el accionante sólo se enteró de ese fallo con posterioridad a su captura, ocurrida en agosto de 2002.

6. Pretensión

El tutelante pretende que el juez de tutela declare sin validez el proceso surtido en su contra y que se determine que la competencia para el conocimiento del delito por el cual se le juzgó recae exclusivamente en las autoridades tradicionales del pueblo Cofán. En consecuencia, solicita que se remita la actuación al Consejo de Ancianos Indígena del Pueblo Cofán, a través de la Casa Indígena Sede de la Organización Indígena del Pueblo Cofán en La Hormiga, Putumayo, y que se ordene su libertad inmediata.

7. Oposición

Mediante comunicación de noviembre 20 de 2002, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís hizo un recuento del proceso penal objeto de la presente tutela y señaló que “[r]evisada la distribución territorial de los cabildos indígenas del Valle del Guamuéz, no aparece la organización indígena del pueblo Cofán; no obstante, nos permitimos solicitar se oficie tanto a la Alcaldía Municipal del Valle del Guamuéz – La Hormiga, como a la Alcaldía Municipal de San Miguel con asiento en el corregimiento de la Dorada, para que certifiquen si el resguardo Cofán pertenece a su jurisdicción territorial, especificando los límites dentro de los cuales las autoridades indígenas de dicha comunidad ejercen función jurisdiccional.”

Agregó el juzgado que, “[a]sí mismo, se solicitará el censo de la población por familias del resguardo Cofán, para establecer si el accionante pertenece a alguno de los resguardos indígenas, lo mismo que el ofendido ...”.

II. TRAMITE PROCESAL

1. Primera instancia

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, mediante Sentencia de diciembre 2 de 2002, decidió “Declarar improcedente la tutela interpuesta por Sixto (sic) Gil Botina Fandiño, a través de mandataria, contra el Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, Putumayo.”

La Sala basó su decisión en la consideración de que la acción de tutela no cabe contra

providencias judiciales, salvo excepcionalmente, cuando haya ocurrido una vía de hecho, circunstancia que no se presentaría en este caso, por cuanto "... se advierte respeto a las garantías y formas procesales debidas al imputado, distante de la alegación de la mandataria de aquél, pues no puede omitirse la motivación del acto jurisdiccional atacado por vía de tutela y que a la sazón así se registra: 'El procesado, no pertenecía a la etnia indígena, como manifiesta la defensa, su declaración expresa desprecio a esos sencillos y respetables congéneres, y de lo conocido de sus ascendientes, no aparece vínculo de raza con la del occiso, aparte claro está del mestizaje ancestral y de siglos que enriquece la raza colombiana'."

Agregó la Sala que las circunstancias como la que se ha anotado debieron en su momento ser debatidas en el proceso penal sin que puedan extraerse del mismo para darles un caprichoso enfoque contrario al orden y a la seguridad jurídica.

1. Impugnación

La apoderada del accionante impugnó el anterior fallo con base en las siguientes consideraciones:

1. Conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, es viable la acción de tutela contra providencias judiciales cuando ellas constituyan vías de hecho. Constituye una protuberante vía de hecho que se adelante un juicio penal por autoridad que no tiene jurisdicción para ello.

1. La Corte Constitucional ha señalado de manera precisa las condiciones de procedencia de la jurisdicción indígena, para lo cual ha identificado los siguientes factores: a) existencia del cabildo indígena; b) pertenencia a un cabildo indígena de la persona a quien se le imputa el delito investigado; c) El lugar de la ocurrencia del hecho: Que la conducta se haya cometido dentro del territorio del resguardo indígena; d) que el autor del hecho pertenezca a la comunidad indígena.

1. En el caso del accionante, a partir del expediente es posible concluir que se reúnen los presupuestos para la procedencia de la jurisdicción indígena, por cuanto "... no existe duda alguna en relación con la existencia del Cabildo Indígena en la comunidad de los COFANES, además del CONSEJO DE ANCIANOS O CONSEJO DE MAYORES." Ello, agrega, indica la existencia de la autoridad que gobierna y juzga el comportamiento de los miembros de sus comunidades, con base en sus propias normas de conducta, encaminadas a proteger esas culturas diferentes a la mayoritaria.

Por otra parte, el lugar en donde ocurrió el hecho criminal "... hace parte de la COMUNIDAD INDÍGENA DEL PUTUMAYO – COFANES – TERRITORIO INDÍGENA ANCESTRAL ya que la acción antijurídica se ejecutó en los terrenos de la etnia indígena y que pertenecen al RESGUARDO DE SANTA HELENA MUNICIPIO DE SAN MIGUEL...".

En torno al elemento personal, anota que el autor del hecho pertenece a la comunidad indígena COFAN y que las víctimas pertenecían a la misma etnia.

1. El sindicato nunca renegó de su etnia y sus declaraciones fueron malinterpretadas por el fallador.

1. Por las anteriores consideraciones resulta claro que en el proceso se incurrió una vía de hecho, por cuanto Saulo Gil Botina Fandiño fue juzgado por una jurisdicción que no tenía competencia para hacerlo, lo cual constituye una violación del debido proceso que abre paso a la prosperidad del amparo constitucional.

3. Segunda instancia

En segunda instancia conoció la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, quien decidió confirmar el fallo impugnado con base en las mismas consideraciones

realizadas por el Tribunal, a las que agregó las siguientes:

1. “La apoderada del accionante se queja de que su representado debió ser juzgado por la jurisdicción especial indígena al haberse acreditado en el proceso su condición de miembro de la comunidad indígena del pueblo Cofán. Sin embargo, encuentra la Sala que tal aspecto fue debatido ante el juez accionado, quien en sentido contrario concluyó que no se había acreditado la condición de indígena del entonces procesado BOTINA FANDIÑO, hecho que dedujo no sólo de sus manifestaciones de ‘desprecio’ hacia la población de la que se decía ser miembro, sino que además ‘de lo conocido de sus ascendientes, no aparece vínculo de raza con la del occiso, aparte claro está del mestizaje ancestral y de siglos que enriquece la raza colombiana’, conclusiones que no fueron cuestionadas por el procesado o su defensor, quienes se abstuvieron de impugnar el fallo cuya ejecutoria material se pretende ahora desconocer.”

1. “De otra parte, encuentra la Sala que la ‘Asociación de Autoridades Tradicionales y Cabildos Mesa Permanente de Trabajo por el pueblo Cofán’, con jurisdicción en los municipios de Valle del Guamuez, La Hormiga, Orito, San Miguel y Puerto Asís del departamento de Putumayo, fue inscrita ante la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior el 6 de agosto de 1998, esto es cinco (5) meses después de proferida la sentencia por el juez ordinario (fls. 21 a 23), sin que por lo demás se evidencie indicio alguno de que con anterioridad a la ejecutoria del fallo aludido la autoridad indígena hubiese adelantado actividad relativa a su función jurisdiccional tendiente a reclamar la eventual competencia para juzgar a un miembro de su comunidad, pues tan solo con la demanda de tutela se allegó la petición que en tal sentido hace la autoridad tradicional del pueblo indígena Cofán (fl. 20), que por lo tanto resulta tardía.”

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos

31 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El solicitante es persona natural que actúa, por medio de apoderado, en su propio nombre y como tal está legitimado de acuerdo con la Constitución para interponer la acción de tutela.

2.2. Legitimación pasiva

La acción se dirige contra la actuación del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís.

2.3. Derechos constitucionales violados o amenazados

El peticionario solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa técnica y a la igualdad.

1. La acción de tutela contra providencias judiciales

En reiteradas oportunidades la Corte ha señalado que no obstante que, en principio, la acción de tutela no cabe frente a sentencias judiciales, cuando, como en este caso, la tutela se haya planteado frente a una sentencia, debe el juez hacer un análisis de procedibilidad, en orden a establecer si se está en una de las hipótesis de vía de hecho en las que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte, es viable la tutela.

La Corte ha señalado que la vía de hecho se produce cuando la providencia judicial “(1) presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; (2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; (3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate; y, (4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones. En suma, una vía de hecho se produce cuando el

juzgador, en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad, actúa en franca y absoluta desconexión con la voluntad del ordenamiento jurídico.”¹ La Corte ha manifestado que ese análisis de procedibilidad de la acción de tutela frente a providencias judiciales también debe orientarse a establecer si “...la violación de los derechos fundamentales por parte del funcionario judicial es consecuencia de la inducción en error de que es víctima por una circunstancia estructural del aparato de administración de justicia, lo que corresponde a lo que la jurisprudencia ha denominado vía de hecho por consecuencia².”³, o si “... la providencia judicial presenta graves e injustificados problemas en lo que respecta a la decisión misma y que se contraen a la insuficiente sustentación o justificación del fallo⁴ y al desconocimiento o la inadvertencia del precedente judicial en la materia.”⁵, o, finalmente, si el juez ha incurrido en una violación directa de la Constitución que desconoce el contenido de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata, en este último caso, de los eventos en los cuales “... la decisión del juez se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución⁶ o cuando el juez se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad ante una violación manifiesta de la Constitución siempre que se presente solicitud expresa de su declaración, por alguna de las partes en el proceso⁷.”⁸

En el caso que es materia de consideración por la Sala, de la solicitud presentada se derivaría la existencia de una vía de hecho en la modalidad de defecto orgánico, porque la decisión se habría tomado por un juez perteneciente a una jurisdicción que carecía de competencia, debido a que el juzgamiento debía haberse adelantado por la jurisdicción indígena. Ello implicaría que para determinar si existe o no una vía de hecho sería necesario, previa consideración de todas las condiciones de procedibilidad de la acción de tutela, entrar al examen de fondo de la solicitud.

1. Existencia de medio de defensa judicial alternativo y oportunidad de la acción

Tanto la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto, como la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para declarar la improcedencia del amparo, consideraron que los asuntos planteados por el accionante debieron ser debatidos en el proceso penal, a lo cual agregó la Sala de Casación Penal que no es posible desconocer por la vía de la tutela la ejecutoria material de una providencia judicial que no fue oportunamente

impugnada por el procesado o por su defensor.

Puso de presente, así mismo, la Sala de Casación Penal, que no existe en el expediente indicio alguno de que con anterioridad a la ejecutoria del fallo aludido la autoridad indígena hubiese adelantado alguna actividad relativa a su función jurisdiccional tendiente a reclamar la eventual competencia para juzgar a un miembro de su comunidad.

Las anteriores consideraciones remiten al análisis en torno a la existencia de otro medio de defensa judicial y de la oportunidad para presentar la acción de tutela.

En el presente caso se tiene que el actor interpuso la acción de tutela más de cuatro años después de la ejecutoria de la sentencia que impugna. La apoderada del accionante manifiesta que el fallo condenatorio no fue oportunamente conocido por el accionante, porque ni él, ni el apoderado de oficio que se le asignó, asistieron a la Audiencia Pública en la cual se profirió el fallo y que por consiguiente no pudo ser notificado del mismo.

Sin embargo, observa la Sala que el accionante fue vinculado al proceso penal mediante diligencia de indagatoria, y que dentro del mismo designó defensor, quien actuó para solicitar ampliación de indagatoria y la práctica de algunas pruebas, así como para obtener la libertad provisional del sindicado. Como condición para la libertad provisional, el sindicado suscribió un acta en la cual se comprometió a presentarse cada quince días al juzgado del lugar donde fije su residencia y a no cambiar de residencia sin dar previo aviso al propio juzgado o al Juzgado Primero Superior de Pasto.

En principio, a partir de las anteriores consideraciones, cabría señalar que el hecho de haber sido formalmente vinculado al proceso implicaba para el sindicado y hoy accionante un deber de diligencia, que le imponía estar al tanto de los desarrollos del mismo y en disposición permanente para recibir la notificación de las decisiones que allí se adoptasen. No obstante lo anterior, estima la Sala necesario hacer un análisis más detenido de las circunstancias del caso concreto, en la medida en que ello puede conducir a una conclusión distinta.

Así, cabe observar que cuando el sindicado recobró su libertad, por vencimiento del término de 180 días de privación efectiva de la libertad sin que se hubiese calificado el mérito del

sumario, el proceso se encontraba pendiente de la práctica de unas pruebas solicitadas por la defensa. No obstante que en distintas oportunidades se comisionó a las autoridades correspondientes para hacer comparecer a las personas requeridas para la práctica de las referidas pruebas, ello no fue posible. Y ocho años después, cuando entró en vigencia la Constitución de 1991, esas pruebas aún no se habían practicado.

La fecha de entrada en vigencia de la Constitución de 1991 es relevante en este caso, porque solo a partir de ese momento estaba la comunidad indígena habilitada para solicitar asumir el conocimiento de los hechos a través de sus autoridades tradicionales, y sólo entonces podría el sindicato haber invocado la existencia de un fuero especial de juzgamiento a su favor.

Por consiguiente, durante ocho años de inactividad procesal, no resultaba constitucionalmente posible que, ni el sindicato, ni la comunidad indígena, desplegasen la actividad cuya ausencia sirvió de soporte a las decisiones de los jueces de instancia que denegaron la tutela.

Ya en vigencia de la Constitución de 1991, el proceso permaneció en el mismo estado de inactividad, salvo las esporádicas actuaciones judiciales orientadas a hacer efectiva la práctica de las pruebas solicitadas. Después de varios cambios en la autoridad judicial a cuyo cargo estaba la investigación⁹, sólo en julio de 1995, se decide, sin que las pruebas solicitadas hubiesen sido practicadas, cerrar la investigación. Dicha decisión no pudo ser notificada al sindicato, ni a su defensor. En noviembre de 1995, la Fiscalía Once Seccional de Pasto profirió resolución de acusación contra el sindicato. En vista de que esta decisión tampoco pudo serle notificada, en mayo de 1997 la Fiscalía Cincuenta Seccional dispuso que se le designase un nuevo defensor de oficio, con quien se cumplió la audiencia de juzgamiento en octubre de 1997.

Frente al anterior recuento, cabría entonces preguntar si resultaba razonable y proporcionado exigir una permanente vigilancia del proceso, para estar al tanto de sus vicisitudes, a una persona que se desenvuelve en un ámbito cultural diverso y respecto de la cual no se hizo efectiva en su oportunidad la carga de permanecer vinculado al proceso, y a quien no se pudo notificar de las providencias que se profirieron en su contra, no obstante que en ese tiempo se destacó en su comunidad al punto que es hoy una autoridad indígena

tradicional y miembro del Consejo de Ancianos de la misma.

Encuentra la Sala que esa exigencia, durante un periodo que abarca más de 14 años desde que se inició el proceso, y desde que el sindicato recuperó su libertad, no es, dadas las circunstancias, razonable, ni proporcionada. En esas condiciones, como quiera que al entonces sindicato y hoy accionante, no le fueron notificadas las providencias mediante las cuales se dispuso el cierre de la investigación y proferir resolución acusatoria en su contra, ni la sentencia mediante la cual se le condenó como responsable del delito de homicidio del que se le acusaba, no tuvo oportunidad efectiva para hacer valer su pretensión de estar amparado por un fuero indígena.

Tampoco existió una oportunidad real para que la comunidad de los Cofanes asumiese el conocimiento de los hechos, puesto que para el momento en el que éstos tuvieron lugar, y durante espacio de ocho años, sus autoridades tradicionales carecían, de conformidad con el ordenamiento constitucional vigente, de competencia jurisdiccional, y confiaban, por consiguiente, en que tales hechos debían haber sido resueltos por las autoridades del Estado. Con posterioridad a 1991 y por virtud del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena, las comunidades indígenas, y entre ellas la de los Cofanes, en un proceso gradual, estuvieron en capacidad de asumir el juzgamiento de las conductas delictivas que ocurriesen en su ámbito cultural. Pero para entonces, en este caso concreto, ya no se estaba en presencia de hechos actuales para la comunidad, y si nadie reclamaba la intervención de las autoridades tradicionales en relación con los mismos, no cabía esperar que éstas asumiesen oficiosamente su conocimiento.

Lo anterior explica la razón por la cual dichas autoridades, en este caso, sólo se manifestaron en el momento en el que, como resultado de un proceso adelantado ante la justicia ordinaria y a cuyo trámite fueron ajenas, uno de los integrantes de la comunidad, y hoy autoridad tradicional en la misma, se ve reducido a prisión.

De este modo, como quiera que el accionante se encuentra ante una sentencia ejecutoriada, frente a la que no puede oponer ya recurso alguno, no obstante que no tuvo oportunidad efectiva de hacerlo en el trámite del proceso penal, y dado que al proferirse esa sentencia pudo haberse desconocido la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la acción de tutela resulta procedente y la Corte habrá de pronunciarse sobre el fondo del asunto

planteado.

3. La jurisdicción indígena

3.1. El problema jurídico que se plantea sería, entonces, establecer si constituye una vía de hecho violatoria de los derechos fundamentales de una persona, que el juez en un proceso penal, si hay indicios que permitan suponer que se trata de juzgar a un indígena, omita adelantar oficiosamente las diligencias probatorias necesarias para establecer si hay lugar a aplicar el fuero indígena y en caso de encontrarlo así, remitir el proceso a las autoridades tradicionales.

En otras palabras, si en desarrollo del derecho constitucional a la jurisdicción indígena, siempre que en un proceso ante la jurisdicción ordinaria sea parte un indígena, tiene el juez la obligación de, oficiosamente, indagar si se dan las condiciones para la procedencia de esa jurisdicción especial.

3.2. A ese respecto es necesario tener en cuenta que los jueces de la República ejercen, en los términos de la ley, su jurisdicción en todo el territorio nacional y respecto de todos sus habitantes, salvo que exista un fuero especial. Tratándose de la jurisdicción indígena, el fuero especial no opera por el solo ministerio de la ley, porque a las condiciones objetivas para que proceda el mismo debe agregarse la manifestación de voluntad de una autoridad tradicional competente por el factor personal y territorial, para asumir el conocimiento del caso. En ausencia de tal manifestación, el juez ordinario no pierde la competencia para conocer del asunto.

3.3. En relación con el fuero especial indígena la Corte ha expresado que éste es “el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad.”¹⁰

El fuero indígena comprende dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende

señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”¹¹ y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”¹². De acuerdo con la jurisprudencia, para establecer el fuero es necesario tener en cuenta también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva, así como la naturaleza de los comportamientos que son objeto de juzgamiento.¹³

Adicionalmente, el fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria con competencia territorial y personal y con capacidad de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional, autoridad que debe estar dispuesta a asumir el juzgamiento.

Todos esos elementos deben ser apreciados en concreto, sin que sea posible, ha dicho la Corte, establecer una regla rígida que defina de manera general la procedencia del fuero especial.

Por otra parte, tal como lo señaló la Corte en la Sentencia T-552 de 2003 “... debe tenerse en cuenta que el ejercicio de la jurisdicción debe constituir un efectivo instrumento de control social, y no un mecanismo de impunidad que termine por deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba y en cuyo beneficio se reconoció.” Agregó la Corte que “[d]esde esta perspectiva, es necesario hacer notar que el debate en torno a las jurisdicciones especiales no puede ser insensible frente a los derechos las víctimas de las conductas delictivas”, y que “... la consideración de la víctima puede ser determinante en el momento de decidir acerca de la procedencia de una jurisdicción especial, y que el ejercicio de ésta tiene que realizarse dentro de parámetros que garanticen, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, su derecho a la reparación, a saber la verdad y a la justicia.”

Pasa la Sala a referirse a los elementos a partir de los cuales se configura el fuero especial indígena.

3.3.1. En relación con el elemento subjetivo, destaca la Corte que el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello no basta con acreditar que

una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres.¹⁴

El ordenamiento jurídico contempla tres posibilidades para el tratamiento de los asuntos penales en los que el sindicado sea un indígena: En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es sólo una condición parcial; en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002.

Cuando un ilícito penal es cometido por un indígena, y no se cumplen los presupuestos que darían lugar al fuero especial, la jurisdicción ordinaria penal es competente para adelantar el juzgamiento. En tal evento, si se acredita la presencia de un error invencible de prohibición no habrá lugar a la responsabilidad penal, sin que en tal evento el asunto deba remitirse para el conocimiento de las autoridades indígenas, en la medida en que, precisamente, no se han establecido los elementos que darían lugar al ejercicio de la jurisdicción especial indígena. Si lo que procede es la inimputabilidad por diversidad sociocultural estaríamos, como se señaló por la Corte en la Sentencia C-370 de 2002 ante un caso de responsabilidad sin consecuencias penales.

Desde el punto de vista subjetivo, se repite, entonces, la procedencia del fuero especial indígena no depende exclusivamente del elemento étnico, sino que requiere, además, que aquel en cuyo favor se alega el fuero se encuentre culturalmente incorporado a la comunidad de la que hace parte.

Sin embargo, acreditados esos elementos culturales, el factor subjetivo, en relación, tanto con el sindicado como con la víctima, puede ser la base para la procedencia del fuero, aún por fuera del ámbito territorial de la respectiva comunidad, si, como lo puso de presente la Corte, la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, pueden determinar la conveniencia de que el indígena sea juzgado y sancionado

por las autoridades de su comunidad, de acuerdo con sus normas y procedimientos.¹⁵

3.3.2. El ejercicio de la jurisdicción indígena está sujeto a un ámbito territorial. Así se desprende de las previsiones constitucionales sobre la materia. De conformidad con el artículo 246 de la Constitución, las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. A su vez, el artículo 329 regula lo relativo a la conformación de las entidades territoriales indígenas, cuya delimitación "... se hará por el gobierno nacional, con participación de representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial."

De este modo, de acuerdo con la Constitución, la jurisdicción indígena se ejerce dentro de un ámbito territorial determinado. Cabe, sin embargo, preguntar si tal ámbito territorial debe estar formalmente delimitado, en cuyo caso la jurisdicción especial sólo procedería en el ámbito de las entidades territoriales indígenas debidamente constituidas, o, si, por el contrario, es posible acudir a otros criterios para establecer cual es ese ámbito territorial.

Para definir este asunto debe acudirse a criterios que armonicen los elementos que hacen parte del fuero especial indígena. Así, el territorio no podría interpretarse exclusivamente conforme a la pretensión de pertenencia según criterios ancestrales, pero si vinculado a la efectiva presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades tradicionales para ejercer control social de manera autónoma, esto es, con exclusión de otras autoridades. El territorio se configura a partir de la presencia efectiva de la comunidad en una zona que objetivamente pueden tener como propia y en la que se desenvuelve la cultura de un modo exclusivo. De este modo, por ejemplo, no puede pretender una autoridad central ejercer la jurisdicción especial sobre una vasta zona geográfica, en la que actúan diversas autoridades nacionales, con base en la sola consideración personal. El reconocimiento de la jurisdicción especial, se repite, está estrechamente vinculado al factor territorial, como elemento definitorio de la capacidad de control social y del ámbito de la autonomía de las comunidades. Cabría hablar, entonces, de un territorio culturalmente conformado, en la medida en que es objeto de apropiación comunitaria, no por referencia abstracta a un derecho ancestral o por la mera presencia en el mismo de individuos de determinada etnia, sino por la efectiva presencia de la comunidad, que permita identificar un ámbito territorial como su dominio cultural.

En ese ámbito espacial, la Constitución permite el ejercicio de la jurisdicción indígena, lo que supone que existen unas autoridades, unos procedimientos y unas disposiciones sustantivas tradicionales. Por fuera de ese ámbito espacial, los individuos de las comunidades indígenas están sujetos al derecho nacional tanto en lo sustantivo como en lo procedimental.

Por otra parte, establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad, en condiciones de aislamiento, y que vivían y se determinaban por las pautas de conducta imperantes en su comunidad.

3.3.3. Debe existir en la comunidad una autoridad que ejerza control social y esté en capacidad de adelantar el juzgamiento conforme a usos y prácticas tradicionales. La existencia de la autoridad tradicional, es en realidad, un elemento de la configuración cultural del territorio. La Constitución habilita a las autoridades de los pueblos indígenas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial. Para que tal habilitación pueda hacerse efectiva, se requiere, en primer lugar, que las autoridades tradicionales estén debidamente conformadas y en capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo con sus propias normas y procedimientos. Esto es, una comunidad indígena asentada en un determinado territorio debe contar con autoridades tradicionales que ejerzan funciones de control social como presupuesto para la procedencia de la jurisdicción indígena.

3.3.4. La autoridad indígena debe exteriorizar su decisión de adelantar el juzgamiento. Ello puede ocurrir cuando reclama para sí el juzgamiento ante la respectiva autoridad judicial, o cuando de manera previa o simultánea ha asumido el conocimiento de los hechos de acuerdo con sus usos tradicionales. Cabría preguntar, sin embargo, si el juez debe iniciar oficiosamente la actuación orientada a establecer si en un determinado proceso se está en presencia de los supuestos que dan lugar al fuero indígena. La respuesta a este interrogante es, en principio, negativa, por cuanto el fuero sólo se materializa cuando la autoridad indígena exterioriza su voluntad de asumir el conocimiento de una determinada causa. Si en un proceso penal el sindicado considera que está amparado por el fuero especial indígena,

debe dirigirse a la autoridad tradicional que en su criterio es competente, para que ella presente la solicitud al juez del conocimiento.

Dos consideraciones dan piso a la anterior conclusión: Por una parte, el juez ordinario tiene jurisdicción de acuerdo con la ley y no puede renunciar a ella a partir de consideraciones sobre elementos objetivos que podrían, solo eventualmente, dar lugar a un fuero especial, y por otra parte, ese fuero especial solamente surge cuando (i) existe una autoridad indígena con capacidad de ejercer la jurisdicción de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad y (ii) esa autoridad manifiesta su decisión de asumir el conocimiento de los hechos. En efecto, el artículo 246 de la Constitución faculta a las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, y por consiguiente, no cabe, en principio, imponerles dicho ejercicio. Dentro del proceso de integración cultural que se había promovido en el pasado, era usual que en ciertas comunidades, cuyas autoridades tradicionales ejercían control social en relación con faltas menores, el conocimiento de ofensas mayores, tales como el homicidio, se dejase a las autoridades nacionales. En una hipótesis tal, es posible que las autoridades tradicionales no tengan la capacidad para asumir el conocimiento de esas ofensas, que no existan precedentes en la comunidad sobre el particular y que no estén en condiciones de hacer efectiva una sanción a los infractores. Así, por ejemplo, no cabría imponerle a un Consejo de Ancianos que ejerce un precario control social, contra su voluntad, el conocimiento de unos delitos cometidos por individuos de alta peligrosidad, pertenecientes a su comunidad y dentro de su comprensión territorial, si previamente esa autoridad no ha exteriorizado su decisión de asumir el conocimiento de tales delitos.

No puede pasarse por alto la circunstancia de que el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena en 1991 ha dado lugar a un proceso progresivo a partir del cual las comunidades indígenas pueden iniciar un camino orientado a recuperar su identidad y a reafirmar su autonomía, y que en ese proceso complejo e integral, la decisión de ejercer la jurisdicción obedece a una opción de la comunidad, expresada a través de sus autoridades cuando quiera que se estime que están dados los presupuestos para ello.

3.3.5. En síntesis, entonces, para que proceda la jurisdicción indígena se requiere que la conducta que pretende someterse a su conocimiento pueda ser reconducida a un ámbito cultural, en razón de la calidad de los sujetos activos y pasivos, del territorio en donde tuvo

ocurrencia, y de la existencia en el mismo de una autoridad tradicional con vocación para ejercer la jurisdicción de acuerdo con las normas y procedimientos de la comunidad.

4. A partir de los anteriores elementos analiza la Sala el caso concreto

En marzo 25 de 1998 el accionante fue condenado por el Juez Promiscuo del Circuito de Puerto Asís (Putumayo) a la pena de diez años de prisión y a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y prohibición de consumir bebidas alcohólicas por tres años, como responsable del delito de homicidio cometido el 19 de febrero de 1983 en San Miguel, Putumayo.

Con posterioridad a su condena, en el momento de ser capturado y remitido por disposición del juez al centro penitenciario en el que debía cumplir la pena impuesta, el señor BOTINA FANDIÑO interpuso la acción de tutela por considerar que el juez penal al adelantar el proceso y proferir la sentencia condenatoria en su contra incurrió en una vía de hecho por desconocer el fuero indígena que lo amparaba.

Para establecer si efectivamente existe una vía de hecho en la decisión que se impugna a través de la acción de tutela, es necesario referirse, para el caso concreto, a los supuestos de hecho que habrían dado lugar a la jurisdicción indígena.

4.1. La actuación del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís

4.1.1. No obstante que, ni el sindicado, ni su defensor de confianza plantearon como elemento de la defensa la calidad de indígena del acusado, lo cierto es que si lo hizo el defensor de oficio en la audiencia de juzgamiento, para plantear la inimputabilidad del sindicado y la necesidad de que el mismo fuese remitido a las autoridades de su comunidad para se le aplicase por ellas la sanción que fuese procedente. Agregó el defensor, que estas comunidades indígenas aceptan la aplicación de justicia privada en casos como el que originó la causa contra su defendido. La consideración sobre la condición de indígena del sindicado fue analizada por el juez y descartada a partir de dos consideraciones: (i) que no estaba acreditado que el sindicado perteneciese a una comunidad indígena y que por el contrario, los elementos de convicción que obraban en el expediente lo llevaban a la

conclusión contraria y (ii) que el sindicato obró con conciencia acerca del carácter ilícito de su conducta.

4.1.2. Pese a que las anteriores consideraciones del juez son, en lo esencial, formalmente correctas, encuentra la Sala que las particulares circunstancias del proceso penal en este caso plantean la existencia de una omisión en la actividad del juez que condujo a la violación del debido proceso del sindicato y de la autonomía constitucionalmente garantizada de la comunidad indígena a la que pertenece.

Tal omisión resulta del hecho de que el defensor de oficio planteó, en la audiencia de juzgamiento, la existencia de un conjunto de condiciones a partir de las cuales podría establecerse la presencia de un fuero especial de juzgamiento para el sindicato. Si bien es cierto que tales factores no estaban acreditados en el proceso, también lo es que no obraban en el expediente elementos de convicción que permitieran desvirtuarlos. En esas condiciones y teniendo en cuenta que la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, con posterioridad a la iniciación del proceso penal, significó el reconocimiento de la jurisdicción indígena, el juez debía haber suspendido la audiencia en orden a verificar lo planteado por el defensor de oficio, y, si se encontraba procedente, permitir que las autoridades indígenas se pronunciasen sobre su vocación para conocer del asunto.

4.1.3. En el presente caso, entonces, la vía de hecho se presenta, no porque el asunto no se haya remitido por el juez ordinario a las autoridades indígenas, como quiera que en el proceso penal no se acreditaron los presupuestos que habrían dado lugar a ello, ni existió manifestación de autoridad indígena alguna que reclamase el ejercicio de la jurisdicción, sino debido a la falta de oportunidad, derivada de una omisión del juez, para que en el proceso penal se plantease la existencia del fuero indígena que, el actor alega, existía en su favor. Si, en ese escenario, a quien corresponde conocer del asunto es a la jurisdicción indígena, la sentencia del juez ordinario por medio de la cual se resuelve el mismo, resultaría en una vía de hecho violatoria del debido proceso del sindicato y de la autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas.

4.2. Señala la Sala, a continuación, el conjunto de elementos en virtud de los cuales se habría configurado la omisión del juez penal que dio lugar a una vía de hecho que afecta el derecho fundamental de la comunidad de los cofanes a optar por el ejercicio de la

jurisdicción indígena y del actor al fuero especial indígena, en el evento que se estableciese que concurrían en su caso los elementos que de acuerdo con la jurisprudencia dan lugar al mismo.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que los hechos ocurrieron antes de la vigencia de la Constitución de 1991, cuando no existía en el ordenamiento constitucional el reconocimiento de la jurisdicción indígena. Frente a esta circunstancia hay dos consideraciones relevantes:

Por un lado, carecía de sentido, para el momento en el que se inició el proceso penal ante la justicia ordinaria, plantear la existencia de un fuero especial. Ello, en cierta medida explicaría la razón por la cual, ni el sindicado ni su defensor, adelantaron labor alguna en orden a establecer en el proceso la calidad de indígena del primero y su pertenencia a una comunidad culturalmente diferenciada.

Por otro lado, si antes de la vigencia de la Constitución de 1991 se producen unos hechos cuyas circunstancias, a la luz del nuevo ordenamiento constitucional, harían procedente la jurisdicción indígena, tal jurisdicción resulta aplicable a los mismos a partir de la entrada en vigor de ese nuevo ordenamiento, cuando quiera que con anterioridad no hubiesen sido decididos de manera definitiva por la justicia ordinaria.

Esta circunstancia es significativa, porque hasta junio de 1991, las comunidades indígenas no podían ejercer funciones jurisdiccionales a través de sus autoridades tradicionales y para el manejo de los ilícitos penales debían atenerse a lo que sobre el particular se dispusiese en el ordenamiento nacional.

Por consiguiente, es apenas natural que cuando se produjeron los hechos en 1983, y habiéndose puesto el asunto en conocimiento de las autoridades del Estado, las autoridades tradicionales de la comunidad se abstuviesen de adelantar diligencia alguna en relación con los mismos.

Es preciso tener en cuenta que incluso después de 1991, asumir la jurisdicción por las comunidades indígenas, es un proceso gradual, no exento de complejidades, no sólo en razón al nuevo rol que deben asumir las autoridades tradicionales, sino porque el nuevo ordenamiento constitucional ha dado lugar a procesos de reagrupamiento en comunidades hasta entonces dispersas, de reidentificación cultural de sus integrantes, asunción paulatina

de competencias por sus autoridades tradicionales, pretensión de reivindicación territorial, definición de jurisdicción.

Adicionalmente, la excesiva demora de la justicia ordinaria en producir una decisión condujo a un escenario en el cual, no obstante que un asunto cuyo conocimiento podía ser propio de la jurisdicción indígena estaba siendo tramitado ante la jurisdicción ordinaria, las autoridades indígenas no hubiesen reclamado el ejercicio de la jurisdicción. En efecto, dado lo prolongado del tiempo transcurrido, los hechos habían dejado de tener una presencia actual en la comunidad que en su momento los había confiado a la diligencia de las autoridades el Estado.

Ello explicaría la razón por la cual las autoridades indígenas no habían reclamado el ejercicio de la jurisdicción. Plantear la existencia de las condiciones que darían lugar al fuero era irrelevante hasta 1991; con posterioridad la comunidad no habría tenido oportunidad material de hacerlo, por la excesiva distancia entre la ocurrencia de los hechos y las actuaciones procesales.

4.3. Las anteriores consideraciones permiten establecer que no existió una oportunidad efectiva para que el sindicato y la comunidad planteasen la procedencia de la jurisdicción indígena antes de que se dictase la sentencia condenatoria.

Como se ha señalado, a partir de lo manifestado por el defensor de oficio en la audiencia de juzgamiento, el juez penal habría podido abrir, de manera extraordinaria, una oportunidad para que se plantease el conflicto de jurisdicciones. El no haberlo hecho así configura una vía de hecho que daría lugar a que en sede de revisión se brindase esa oportunidad extraordinaria para que se plantee el conflicto de jurisdicciones, lo cual impondría, a su vez, que se dejase sin efecto todo lo actuado por la justicia ordinaria penal y el asunto se remitiese al Consejo de la Judicatura para que se resolviese el conflicto de jurisdicciones. Ello, sin embargo, tal como para una situación similar se puso de presente por la Corte en la Sentencia T-728 de 2002, podría tener un impacto negativo sobre la oportunidad y eficiencia de la administración de justicia, en el evento en el que la decisión final estuviese del lado de la jurisdicción ordinaria, la cual tendría, entonces, que repetir todo lo actuado. En tal caso, señaló la Corte, la prudencia indica que lo adecuado es que en sede de revisión se pase directamente a establecer si están dados los presupuestos para que proceda el fuero

indígena, para que, si ellos no se cumplen, se confirmen las decisiones proferidas por los jueces penales ordinarios y, por el contrario, si concurren los elementos del fuero indígena, se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso y a la autonomía indígena, se deje sin efecto todo lo actuado por la jurisdicción penal ordinaria y se ordene la entrega del indígena y de las pruebas obrantes en el expediente, para que sea juzgado de acuerdo con las normas y procedimientos de su comunidad.

4.4. Procede, pues, en consecuencia, la Sala, a determinar si el asunto debe remitirse a las autoridades indígenas.

No obstante que, como se ha establecido en esta providencia, las condiciones de procedencia del fuero indígena no se acreditaron en el proceso penal, es posible constatar hoy la presencia de una serie de factores a partir de los cuales cabe tenerlas como establecidas.

Así, en el proceso de tutela se anexa certificación sobre la pertenencia del actor a la etnia de los cofanes y su integración actual a la comunidad. Del mismo modo, existe noticia sobre la pertenencia de las víctimas a la misma comunidad. Dicha comunidad, que existe en un amplio territorio ancestral, de manera particular tenía presencia en el lugar donde residían el actor y las víctimas del delito por el que fue condenado. También consta en el proceso de tutela la existencia de una autoridad tradicional, con capacidad de ejercer la jurisdicción en el ámbito de la comunidad. Dicha autoridad, el Consejo de Ancianos del Pueblo Cofán, ha manifestado de manera expresa, en sede de revisión, su vocación para conocer del asunto.¹⁶

Dos de los anteriores factores merecen una consideración especial:

Por un lado, la comunidad de los cofanes, dada su reducida población, no puede asociarse a un espacio territorial en el que haga presencia de modo exclusivo y en el que de manera permanente ejerzan autoridades tradicionales formalmente constituidas¹⁷. Sin embargo, como parte de su identidad cultural, está la referencia al territorio ancestral, en el que, de manera dispersa se asientan sus diversas comunidades, y en el que, en general, desarrollan su ciclo vital los individuos que pertenecen a la etnia.

Aunque en el proceso penal no se acreditó la existencia de una autoridad tradicional con

jurisdicción para el conocimiento de los hechos materia del proceso en razón a la existencia de un fuero especial indígena, la Sala de Revisión de la Corte, a partir de la solicitud contenida en el escrito de tutela, consideró necesario indagar acerca de la existencia de la autoridad tradicional allí mencionada y de su aptitud para el ejercicio de la jurisdicción indígena. Para ese efecto resultaba importante establecer la relación entre comunidad, autoridad tradicional y territorio.

Como respuesta a la solicitud de la Corte el Coordinador de la Mesa Permanente de Trabajo por el Pueblo Cofán y Cabildos Indígenas del Valle del Guamuéz y San Miguel manifestó que “[e]l Consejo de Ancianos Indígenas del Pueblo Cofán surge ancestralmente a partir de la existencia misma del pueblo Cofán, como tal hace parte de la organización del pueblo indígena.” Agregó que entre sus funciones, como máxima autoridad, se encuentra “... la de orientar y juzgar al pueblo indígena, ejerciendo de esa manera un control social en la comunidad, aplicando la Jurisdicción especial Indígena en casos que comúnmente se presentan como son los hurtos, los problemas sobre el manejo de las tierras, los problemas en las relaciones familiares, riñas, las actuaciones que rompen la vida espiritual (uso indebido de la planta sagrada), entre otros.”

En relación con el ámbito territorial de las funciones del Consejo, el Coordinador de la Mesa Permanente expresa que “... la sede actual del Consejo de Ancianos se encuentra en la Casa Indígena ubicada en la Hormiga y hacen reuniones ordinarias cada mes y extraordinarias cuando se requiera.” Señala, finalmente, que la comprensión territorial dentro de la cual el Consejo ejerce su jurisdicción “... abarca el territorio indígena que corresponde al pueblo cofán (...) y dentro del cual está incluido el cabildo indígena de Bocanas de Luzón y la Zona de Puerto Colón.”

Observa la Sala que, en principio, no es admisible la pretensión de que las autoridades de una comunidad indígena ejerzan su jurisdicción en el ámbito de los que se consideran territorios ancestrales de la comunidad, y que en el caso que es objeto de análisis, se ubican en varios municipios y se extienden incluso más allá de las fronteras nacionales, en una zona en la que junto con los indígenas habitan, y en una proporción significativamente mayor, personas no indígenas.

Podría, en un momento dado, según lo que resulte del análisis de cada caso concreto, admitirse desde la perspectiva constitucional, que el Consejo de Ancianos del Pueblo Cofán, esté en capacidad de ejercer la jurisdicción especial indígena en relación con conflictos que, dentro del territorio ancestral, se desarrollen específicamente en el ámbito de una comprensión territorial indígena y en relación con asuntos que puedan calificarse como intraculturales, como los que a manera de ejemplo menciona el coordinador de la Mesa Permanente. Pero no cabe afirmar de manera general una competencia jurisdiccional sobre todos "... los territorios que corresponden al pueblo Cofán..." , dentro de los cuales estaría incluida "... la zona de puerto Colón - San Miguel", para el conocimiento de una conducta que se desarrolla en el casco urbano de una población en la que coexisten indígenas de diversas etnias y, en un número considerablemente superior, personas no indígenas.

Tal pretensión no corresponde a la condición de territorio que es presupuesto del fuero especial indígena. No hay allí una vinculación próxima del territorio con la comunidad, ni hay control social inmediato. No obstante los esfuerzos, que encuentran pleno apoyo en la Constitución, orientados a preservar la identidad cultural de los pueblos indígenas, a estrechar los vínculos que existen entre sus integrantes, y a reivindicar su derecho como comunidad, no cabe aceptar el ejercicio de una jurisdicción especial indígena sobre un vasto territorio en el cual se encuentran dispersos los individuos que integran una etnia y que conviven con otros colombianos, al amparo del ordenamiento ordinario. No cabe en tales condiciones separar, en razón, exclusivamente, a ese elemento étnico, a unos de otros y hacer distinciones frente al ordenamiento jurídico sustancial y procesal.

Sin embargo, no obstante que, como se ha puesto de presente, no cabría en este caso predicar la existencia de un fuero especial indígena en función, exclusivamente del factor territorial, la Corte ha señalado que, en determinadas circunstancias, dicho fuero puede derivarse del factor personal. Sobre el particular la Corte ha señalado que "[e]n los casos en el que el delito se comete fuera del territorio de la comunidad, la jurisprudencia constitucional exige, para que se reconozca el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena, que se tenga 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."¹⁸

Ha dicho la Corte que en tales eventos, "... el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad."¹⁹ Agregó la Corporación que la actividad de las jurisdicciones indígenas no necesariamente está condicionada a que los hechos hayan ocurrido dentro de su ámbito territorial, puesto que "... 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."²⁰ Concluyó la Corte que "[l]a función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable."²¹

En este caso, los hechos por los cuales la justicia penal condenó al accionante, se desarrollaron en el casco urbano de Puerto-Colon San Miguel, que no obstante encontrarse dentro de lo que los cofanes consideran como su territorio ancestral, no hacer parte de una definición del territorio indígena en sentido estricto. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que tanto el sindicado y hoy condenado, como la víctima, residían en una entorno indígena, pues, tal como obra en el expediente, eran vecinos de la vereda El Ají, la cual, de acuerdo con un estudio del Instituto Colombiano de Antropología²², es aledaña a la reserva Cofán de Santa Rosa de Sucumbíos²³ y en ella "... conviven varias familias Kofán con algunos colonos, quienes conjuntamente han iniciado un proceso de revitalización de las prácticas chamánicas Kofán." Agrega el estudio que "[l]os habitantes de esta vereda se benefician de los terrenos de la reserva de Santa Rosa para llevar a cabo sus actividades económicas."

Sobre la relación de los Cofán con el territorio es preciso observar que no obstante que, como se ha dicho, sus territorios ancestrales se extienden en una vasta región de los municipios de Valle del Guamuez, Orito y San Miguel, sus asentamientos se encuentran dispersos, en comunidades de pocas familias²⁴. Los Cofán han sido considerados como un grupo de alta vulnerabilidad, debido, precisamente, a la presión externa que se ha ejercido sobre su territorio.

La desordenada colonización de la zona en la que tradicionalmente han habitado los cofanes ha estado acompañada de acelerado crecimiento económico, migraciones poblacionales, actividades de extracción, principalmente petrolera, presencia de cultivos ilícitos, todo lo cual se traduce en elevada conflictividad social, con particular presencia de los grupos armados irregulares.

No obstante esa conflictiva dinámica, los cofanes ha mostrado un elevado sentido de permanencia en su territorio ancestral y a partir de la segunda mitad del siglo XX han iniciado un conjunto de acciones orientadas a la defensa del mismo y a obtener su reconocimiento por el Estado.

En ese contexto complejo y dinámico se desenvuelve la vida del pueblo Cofán, que mantiene una identidad cultural, no obstante su dispersión espacial y la presencia aislada de los individuos de la etnia en distintos lugares de la extensa zona que consideran su territorio ancestral. De este modo, un conjunto de manifestaciones vitales de los cofanes, no obstante que se desenvuelvan por fuera de un ámbito geográfico que, en sentido estricto, pueda considerarse como territorio indígena, guardan una estrecha relación cultural, en razón del entorno en el que ocurren y la vinculación étnica de sus protagonistas.

Tal como se señala por Chavez y Vieco, el conflicto que con mayor frecuencia se presenta en estas comunidades "... es la rivalidad entre dos familias que por rencillas antiguas entre sus miembros, da origen a una serie de acusaciones recíprocas cuando alguno de ellos cae en desgracia, bien sea por enfermedad o por daños en sus cosechas o en las actividades cotidianas. En este caso se alegan causas de hecho o razones de brujería. Aquí la resolución del conflicto no necesita de la intervención de nadie sino que se va dando de manera natural; a lo sumo intervienen los ancianos haciendo que se olviden los rencores." 25

En el presente caso, observa la Sala, los hechos que dieron lugar al proceso penal, tienen una clara connotación cultural, como quiera que los mismos ocurrieron entre individuos de la etnia de los cofanes, en un lugar que los cofanes consideran como parte de su territorio ancestral y en un contexto claramente determinado por sus patrones culturales, como es el hecho de haberse producido el homicidio con ocasión de un conflicto originado en actividades de brujería indígena.

Lo anterior permite a la Corte concluir que se trata de un conflicto intracultural y que como quiera que se desenvolvió en un lugar que los cofanes consideran integrado a su territorio ancestral, es susceptible de resolverse por la jurisdicción indígena. Por tal motivo, y para la protección de los derechos de SAULO GIL BOTINA FANDIÑO al juez natural y de la comunidad de los cofanes a la autonomía indígena, se dispondrá dejar sin efectos la actuación de la justicia penal en este caso y poner al accionante a disposición del Consejo de Ancianos del

Pueblo Cofán con sede en la Hormiga, Putumayo, para que sea juzgado de acuerdo con sus costumbres.

IV. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional,

RESUELVE:

PRIMERO. LEVANTAR la suspensión de términos ordenada en el presente proceso.

SEGUNDO. REVOCAR los fallos de diciembre 2 de 2002 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y de 28 de enero de 2003 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante los cuales se NEGÓ el amparo solicitado y, en su lugar, CONCEDER la protección solicitada para el derecho del actor a ser juzgado por las autoridades tradicionales de su comunidad.

TERCERO. DEJAR SIN EFECTO ALGUNO la Sentencia del 25 de marzo de 1998 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Puerto Asís, mediante la cual se condenó a Saulo Gil Botina Fandiño a la pena principal de diez años de prisión y a las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término y prohibición de consumir bebidas alcohólicas por tres años, como responsable del delito de homicidio cometido el 19 de febrero de 1983 en San Miguel, Putumayo, y, en consecuencia, ordenar a las autoridades competentes que Saulo Gil Botina Fandiño sea puesto en libertad de manera inmediata y dejado a disposición del Consejo de Ancianos Indígena del Pueblo Cofán, para que sea juzgado conforme a sus usos y normas tradicionales.

CUARTO. Para los anteriores efectos, esta providencia se comunicará por el juez de primera instancia al Consejo de Ancianos Indígena del Pueblo Cofán en La Hormiga, Putumayo, para que inicie el juzgamiento de Saulo Gil Botina Fandiño, y al respectivo Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, para que adopte las providencias necesarias para la inmediata liberación de Saulo Gil Botina Fandiño. Para la cabal ejecución de lo aquí previsto, el juez de primera instancia pondrá a disposición del Consejo de Ancianos Indígena del Pueblo Cofán el anexo que contiene la Causa Penal 0272 y que obra en el expediente de tutela.

QUINTO. LIBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 25991 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

HUMBERTO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencia T-567 de 1998

2 Cfr., Sentencia SU-014 de 2001.

3 Sentencia T-778 de 2004

4 Cfr., Sentencia T-114 de 2002.

5 Sentencia T-778 de 2004

6 Cfr., Sentencias SU-1184 de 2001, T-1625 de 2000 y T-1031 de 2001.

7 Cfr., Sentencia T-522 de 2001.

8 T-778 de 2004

9 La investigación se inició por el Juzgado Cuarto Promiscuo Territorial de Puerto Asís, se prosiguió luego por el Juzgado Primero Superior de Pasto, y en 1995 pasó a conocimiento de

la Fiscalía Once Seccional de Pasto (descongestión).

10 Sentencia T-728 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño

11 Sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

12 Ibídem

13 Ver Sentencia T- 552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil

14 En la Sentencia T-667^a de 1998, la Corte expresó que no obstante que de los datos aportados al expediente, "... se reconoce como hecho probado que el actor sí es indígena, pero ésta calidad analizada aisladamente no le otorga el derecho al fuero, pues la jurisprudencia de esta Corporación expresamente señala los elementos esenciales que deben concurrir para obtener tal garantía, y ellos no se presentan en esta situación, por cuanto el accionante no residía dentro de su resguardo y el delito se cometió fuera de los límites del mismo."

15 Sentencia T-728 de 2002

16 A este respecto, es preciso anotar que de acuerdo con lo certificado por el Coordinador de la Mesa Permanente de Trabajo por el Pueblo Cofán, órgano oficialmente reconocido, según Res. 066 de 1998 del Ministerio del Interior y que tiene entre sus objetivos servir de interlocutor de sus comunidades ante las entidades públicas, el Consejo de Ancianos Indígena del Pueblo Cofán es autoridad tradicional y tiene funciones de control social. A su vez, que Taita Querubín Quetá Alvarado, Máxima Autoridad del Pueblo Cofán, mediante comunicación de septiembre 3 de 2004, por solicitud de la Sala en sede de Revisión, manifestó de manera formal que el Consejo tiene vocación para conocer de asunto objeto del presente proceso, por cuanto, tanto las víctimas como el accionante eran y es parte de la comunidad, y los hechos se desarrollaron dentro del territorio ancestral de los Cofanes.

17 El pueblo Cofán se asienta sobre un amplio espacio geográfico comprendido entre la cuenca del río Aguarico y el río Guamuez, siguiendo la línea del río San Miguel. Ese espacio, que se considera como territorio ancestral por los cofanes, se extiende a ambos lados de la frontera colombo ecuatoriana, y en territorio colombiano se ubica en los municipios del Valle del Guamuéz, Orito y San Miguel, en el Departamento del Putumayo. En ese extenso

territorio, sin embargo, es posible diferenciar tres sectores de población: cofánes, no-cofánes y una gama cada vez mayor de población no indígena. De acuerdo con un estudio de Gonzalo Uribe, que a su vez tiene entre sus fuentes el “Plan de Vida del Pueblo Cofán y Cabildos Indígenas del Valle del Guamuez y San Miguel” **, se identifican en ese territorio once comunidades cofanes, con un total de 1.143 habitantes, frente a aproximadamente 1.070 indígenas de comunidades no cofanes. Por su parte, la población total de los municipios en los que se encuentran dichos territorios, Orito, San Miguel y Valle del Guamuez es de 130.000 habitantes aproximadamente. (* “Territorio como opción de vida en el Putumayo”. **Fundación Zio-A’l. Unión de Sabiduría, Mesa Permanente de Trabajo por el pueblo Cofán. Bogotá Marzo de 2.000)

18 Sentencia T-728 de 2002

19 Sentencia T-496 de 1996

20 Ibid.

21 Ibid.

22 Margarita Chaves Ch. / Juan José Vieco A. “Indígenas del Alto Putumayo-Caqueta”, en “Introducción a la Colombia Amerindia”, publicación del Instituto Colombiano de Antropología.

23 A partir de la Ley 160 de 1994, se inició una transición de estas reservas hacia la modalidad de resguardos.

24 Así, de acuerdo con Plan de Vida Cofán, los cofanes, con un total de 1.143 habitantes en Colombia, se distribuyen de la manera: Santa Rosa del Guamuez, 239; Nueva Isla, 163; Luzón, 195; Yarinal, 157; Villanueva, 122; Afilador Campoalegre, 94; Sta. Rosa de Sucumbios, 79; Jardines de Sucumbios, 42; Diviso de Sucumbios, 38; Ranchería, 6 y San José, 8.

25 Op. cit.