

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN EJECUCIÓN DE PENAS (niega traslado a resguardo indígena)-Configuración del defecto fáctico al valorar informe psicosocial de persona privada de la libertad perteneciente a comunidad LGBTI

(...), que el actor se reconozca miembro de la comunidad LGBTI de ninguna manera afecta su identidad Wayú. Pensar que las dos manifestaciones de la personalidad (la preferencia sexual y la identidad étnica) son excluyentes desatiende procesos psicológicos de formación de la identidad de la persona (...) el informe ... es claro y transparente en explicar que el actor se reconoce miembro de una comunidad indígena, y las autoridades de su comunidad así lo reconocen.

IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA-Vulneración por incurrir en estereotipos raciales y por orientación sexual

(...) El argumento de las autoridades accionadas que niega la pertenencia étnica del accionante a su comunidad se funda en una mirada homofóbica sobre la homosexualidad. Se intersectan racismo y homofobia, para negar el derecho a la identidad étnica del tutelante.

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES POR DEFECTO FACTICO-Reiteración de jurisprudencia

RECONOCIMIENTO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DE LA PERTENENCIA DE UNO DE SUS MIEMBROS

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN COLOMBIA-Protección de la identidad cultura y dignidad humana de los indígenas

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDÍGENA PRIVADO DE LA LIBERTAD-Aplicación del enfoque étnico diferencial en el sistema carcelario

DERECHO DE AUTORECONOCIMIENTO DE COMUNIDAD INDIGENA-Identidad cultural

RECONOCIMIENTO DE COMUNIDADES INDIGENAS-Criterios subjetivos y objetivos para identificarlos como población étnica y cultural, según parámetros establecidos en el Convenio 169 de la OIT

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE COMUNIDAD INDÍGENA-Proceso de re-etnificación y auto identificación como pueblo o individuo étnicamente diferenciado

DERECHO DE AUTORECONOCIMIENTO DE COMUNIDAD INDIGENA-Reglas para dirimir conflictos en los que se disputa la calidad de miembros de comunidad indígena

(i) en casos de comunidades indígenas o miembros de comunidades indígenas que cuestionan providencias judiciales proferidas por las autoridades estatales por incurrir en supuestos defectos fácticos ... no existen tarifas probatorias para evidenciar la condición de

miembro de una parcialidad, pues ello implicaría una intromisión desproporcionada de autoridades judiciales o administrativas en asuntos de la comunidad; (ii) los documentos suscritos por las autoridades indígenas son medios de conocimiento relevantes, pertinentes y suficientes para clarificar la condición de indígena de una persona; (iii) en los casos donde se discuten los elementos que permiten la configuración de la jurisdicción indígena, el defecto fáctico se configura en los eventos en los que, bajo argumentos o documentos estatales, se ignoran o no se les da el alcance suficiente a documentos y evidencias de las autoridades indígenas que permiten activar el fuero; (iv) la identidad indígena no es una definición ontológica que debe responder a los criterios de las autoridades estatales, en esa medida, al momento de identificar a una persona como miembro de una parcialidad, deben preferirse las determinaciones de las propias autoridades tradicionales; (v) el Estado tiene la obligación de respetar los procesos de auto reconocimiento, reetnificación y fortalecimiento cultural de las prácticas, usos y costumbres de las autoridades indígenas y de los individuos que la integran.

PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DE INDÍGENAS EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Reglas para dirimir solicitudes de traslado a resguardos

(...), resulta procedente el traslado de un establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC a su resguardo indígena cuando (i) la máxima autoridad indígena así lo solicite; (ii) la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad y, (iii) en todo caso, el INPEC deberá cumplir sus funciones constitucionales y legales, y periódicamente realizar visitas con el fin de que se cumplan condiciones de privación de la libertad. Todo siempre (iv) dentro de una perspectiva intercultural donde se garantice el permanente diálogo y coordinación simétrica entre las autoridades indígenas y las instituciones estatales.

COMUNIDAD WAYUU-Formas de organización social, noción de autoridad y relación con el territorio

EJECUCION DE LA PENA DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Es imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de justicia y el respeto por la diversidad cultural

(i) comunidades indígenas sin autoridad máxima, la petición de traslado puede ser suscrita por una autoridad legítima y con competencia para ello; (ii) comunidades indígenas cuya estructura societal no prevea la pena de prisión o no tengan lugares de reclusión similares a los que acostumbra la sociedad mayoritaria, ello, per se, no faculta a la autoridad judicial para rechazar de plano la petición.

EJECUCION DE LA PENA DE MIEMBROS DE COMUNIDADES INDIGENAS-Es necesario adoptar medidas que favorezcan el cumplimiento de la orden del Juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la convivencia de los indígenas/DIÁLOGO INTERCULTURAL-Alcance y contenido

(...) la autoridad accionada deberá (i) garantizar la participación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, reparación y garantías de no repetición; (ii) buscar la traducción de la sanción penal impuesta por la justicia ordinaria al sistema normativo indígena; (iii) todo dentro de un proceso de diálogo intercultural horizontal y simétrico entre las autoridades indígenas y judiciales, con el fin de que, entre las dos, construyan las condiciones para el traslado del accionante a su resguardo.

Referencia: Expediente T-8.118.665

Acción de tutela promovida por Eder Bernardo Van Grieken Epiayú contra el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera, y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente:

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 26 de junio de 2020; y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante decisión del 29 de julio de 2020, dentro del trámite de la acción de tutela incoada por la apoderada judicial de Eder Bernardo Van Grieken Epiayú contra el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas

y Medidas de Seguridad de Medellín y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales a la dignidad humana, a la igualdad y al debido proceso.

La Sala de Selección de Tutelas Número Cuatro de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Antonio José Lizarazo por Auto del 16 de abril de 2021, seleccionó el expediente T-8.118.665 para su revisión y, según el sorteo realizado, lo repartió al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos para que tramitara y proyectara la sentencia correspondiente.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de tutela, la apoderada judicial del accionante presenta la acción de tutela con el fin de proteger los derechos fundamentales a la dignidad, la igualdad, y la diversidad étnica del actor con base en los siguientes:

1. Hechos

El actor es un indígena Wayú, miembro del clan Epiayú, que pertenece a la comunidad Alirapa, adscrito al resguardo Alto y Media Guajira ubicado en la jurisdicción del Municipio de Maicao (Guajira). Mediante sentencia de 29 de junio de 2016, el Juzgado 27 penal del circuito de Medellín declaró al peticionario penalmente responsable como coautor del delito de homicidio agravado, y en consecuencia lo condenó a la pena de prisión de 492 meses de prisión. La decisión fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín.

En la actualidad, el actor cumple su pena en el complejo carcelario y penitenciario El pedregal de la ciudad de Medellín. La verificación de la ejecución de la medida corresponde al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Medellín.

La apoderada judicial indicó que las autoridades indígenas reconocen que el actor es miembro del pueblo Wayú, y en esa medida reclaman que la ejecución de la sentencia penal se materialice en el territorio de su resguardo. Por lo anterior, el 31 de enero de 2019, el tutelante solicitó al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín el traslado para el resguardo indígena al que pertenece, puntualmente a la comunidad Alirapa, adscrita al Resguardo Alta y Media Guajira, en jurisdicción del Municipio de Maicao. En su escrito argumentó que: (i) es un indígena de la comunidad Wayú, miembro del clan Epiayú; (ii) reconocido por las autoridades tradicionales del resguardo; (iii) y recordó que la Constitución política garantiza que los indígenas tienen derecho a conservar su cultura y evitar prácticas que tengan un efecto asimilacionista. Recordó que: “el castigo es un agente cultural que transforma la identidad del individuo, puntualmente mediante métodos de clasificación, restricción y autorización, con lo cual se determina y estandariza su conducta de acuerdo con los patrones generales, lo que afecta de manera directa la cultura de los indígenas”¹.

El 4 de febrero de 2019, el Juzgado accionado ordenó al área de asistencia social del centro de servicios administrativos de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín la realización de un estudio de las condiciones socioculturales adquiridas por Eder Bernardo Van Griken Epiayú. Ello con el fin de decidir sobre la petición de traslado al resguardo indígena. En el mismo sentido, la autoridad judicial accionada solicitó al INPEC información referida a establecer si dicha institución cuenta con centros de reclusión especial para la ejecución de la sanción penal de miembros de comunidades indígenas.

A este interrogante, el 25 de junio de 2019, el INPEC informó al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad que, en efecto, disponen de Establecimientos de Reclusión

Especial con espacios para la privación de la libertad de indígenas.

El 11 de abril de 2019, una profesional social adscrita al área de asistencia social del Centro de Servicios Administrativos de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín, rindió un informe psicosocial sobre las condiciones socioculturales adquiridas por Eder Bernardo Van Griken Epiayú, para que, con esta información, el juzgado pudiera decidir sobre la solicitud de traslado a su comunidad.

El informe que fue solicitado por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad concluyó: “la identidad cultural de Eder Bernardo van Grieken con el grupo étnico del cual procede, se halla un tanto desdibujada, dado que hace más de diez años no vivía con su comunidad”².

El 27 de junio de 2019, mediante auto interlocutorio No. 1635, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín negó la solicitud de traslado de Eder Bernardo Van Griken Epiayú. La providencia argumentó que el actor nació y vivió en una comunidad indígena, pero desde el año 2002, dejó su territorio con el fin de asistir a la universidad. A partir de ese momento, a juicio del juzgado, inició un proceso de aculturación. Sostuvo:

“Acorde con el Informe de Asistencia Social, no queda duda alguna en el sentido que Eder Bernardo Van, tras años de estada en nuestra ciudad, dejó de lado los valores y costumbres propios del Resguardo Indígena del que otrora hizo parte y fue tal su culturación en nuestro entorno que, además de compartir techo con la víctima del horrendo homicidio imputado y otras personas, se hizo miembros de la comunidad LGBT, de la que es uno de los líderes en la reclusión en procura de obtener unas mejores condiciones de vida.”³

Dentro del término legal, la defensa del actor apeló el auto interlocutorio, señalando que el informe de la asistente social del centro de servicios de los juzgados de ejecución de penas evidencia que Eder Bernardo Van Grieken Epiayú mantiene condiciones culturales que deben ser protegidas, motivo por el cual es obligación constitucional conservar y potenciar aquellos rasgos y condiciones culturales que están en peligro.

En providencia de 12 de septiembre de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó lo decidido en el auto interlocutorio No. 1635 de 27 de junio de 2019. Sostuvo que el actor fue juzgado y condenado por la jurisdicción ordinaria, motivo por el cual la pena debe ser ejecutada dentro de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC. Concluyó:

“(…) razón le asistió al juez de instancia al negar la solicitud de traslado, al no evidenciar que el señor Eder Bernardo Van Grieken Epiayú por el hecho de encontrarse en el Centro de Reclusión, se le esté violentando su identidad cultural, por el contrario, se observa que la pérdida de la misma adolece a que por decisión propia ha permanecido alejado de su comunidad por 17 años sin conservar sus costumbres, ritos y tradiciones; por ende la providencia recurrida será confirmada”⁴

La apoderada concluyó su argumentación, señalando los motivos por los cuales la acción de tutela satisface los requisitos de procedencia de tutela contra providencias judiciales. Respecto al requisito de relevancia constitucional, la apoderada señaló que el caso versa sobre la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, la libertad y la igualdad de una persona privada de la libertad, pero, además, de los derechos de una comunidad indígena que reclama la presencia de uno de sus miembros en su territorio.

Expresamente indicó que se agotaron todos los medios de defensa judicial a disposición de la persona afectada. Se cumple el requisito de inmediatez, toda vez que la última decisión

atacada fue proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín el 12 de septiembre de 2019, y la acción de tutela fue presentada el 12 de marzo de 2020.

La irregularidad procesal tiene un efecto determinante en la decisión que se impugna. Puntualmente, el ataque de la apoderada va dirigido a cuestionar que las autoridades judiciales tergiversaron el informe psico social realizado por la asistente social que presta sus servicios a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín, deformación que les hizo incurrir en una suposición equivocada, como lo es que el accionante perdió su identidad cultural Wayú.

Los hechos fueron alegados durante el desarrollo del proceso judicial, pues durante las peticiones ante el juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad se indicó la necesidad de realizar el traslado al territorio indígena. Se indicó que las providencias cuestionadas no son fallos de tutela. Sobre las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, el escrito de tutela aseveró:

“Uno de los defectos que presentan las decisiones judiciales cuestionadas, y que se denunció... bien podría responder a lo que se denomina en la jurisprudencia constitucional como defecto fáctico, como quiera que el juzgado cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín, al igual que la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, arribaron a la conclusión de que el señor Eder Bernardo Van Grieken Epiayú habían experimentado una pérdida de su identidad indígena Wayú, cuando en realidad es que la prueba arrojada al proceso les indicaba totalmente lo contrario”⁵.

1. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, la apoderada judicial de Eder Bernardo Van Grieken Epiayú solicitó que se dejaran sin efecto las providencias proferidas por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, en las que se negó el traslado del poderdante. Argumentó que las providencias cuestionadas vulneran los derechos a la dignidad humana, la igualdad, y el debido proceso del actor. En efecto, pidió que se ordenara al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario el traslado del actor a su comunidad indígena, esto es al Resguardo Alta y Media Guajira, en jurisdicción del municipio de Maicao, para que continúe la ejecución de su pena al interior de la misma según sus usos y costumbres.

1. Contestación por parte de la entidad demandada en el trámite de tutela

1. Contestación del Juzgado cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Medellín

En su respuesta, afirmó que el proceso penal que llevó a la condena del actor fue adelantado el Juzgado 27 Penal del Circuito de Medellín, autoridad judicial que impuso la sanción de 516 meses de prisión, la cual, posteriormente, en segunda instancia, fue reducida a 492 meses de prisión por parte del Tribunal Superior de Medellín.

En relación con la corrección del auto atacado, la autoridad judicial reiteró lo expuesto en el Auto No. 1635 del 27 de junio de 2019 en el que se realizó un informe sociocultural del condenado, asimismo expuso similares argumentos esbozados en dicho auto sobre el tiempo que el actor ha vivido en Medellín lejos de su comunidad y su pertenencia a la comunidad LGBT.

Posteriormente explicó que la condena al actor fue por una conducta particularmente grave, y la situación especial de la víctima, motivo por el cual, a su juicio, Eder Bernardo perdió su identidad cultural y étnica.

Finalmente solicitó que sea negada la acción de tutela, toda vez que las pretensiones del accionante resultan infundadas, y la providencia cuestionada no incurre en yerro que afecte su validez.

1. Contestación del Tribunal Superior de Medellín

La autoridad intervino reiterando el contenido del auto de 12 de septiembre de 2019, y señalando que no se incurrió en arbitrariedad, sino que por el contrario se indicó el precedente constitucional y los motivos por los cuales el mismo no resultaba aplicable.

1. Contestación del Juzgado Veintisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín

En breve respuesta, el Juez Veintisiete Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento dijo que después de quedar en firme la sentencia condenatoria contra el demandante, envió el expediente al estrado encartado.

1. Sentencia de primera instancia

En providencia de 26 de junio de 2020, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia negó el amparo solicitado, toda vez que la Corte Constitucional ha establecido que la simple pertenencia a una comunidad indígena no implica que las medidas de aseguramiento o las penas privativas de la libertad impuestas por la justicia ordinaria deban cumplirse, necesariamente, en los centros de reclusión provistos en tales etnias. Argumentó además que la petición formulada por Eder Bernardo Van Grieken ante las autoridades judiciales

accionadas no cumple con los parámetros jurisprudenciales establecidos por la propia Corte Constitucional en tanto en ella no se manifestó que en el centro de reclusión en el que se encuentra se estuviera irrespetando su condición de indígena y, además, porque el accionante no conservaba sus costumbres, puesto que existen evidencias de su desarraigo a la comunidad indígena antes de la condena impuesta.

1. Impugnación

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del actor impugnó la providencia de primera instancia proferida el 26 de junio por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Argumentó en su escrito que la determinación del juez de primera instancia sacrificó los principios de diversidad étnica y respeto al pluralismo cultural, toda vez que se limitó a reiterar las justificaciones sobre el desarraigo del actor.

Denunció que los jueces de ejecución de penas y el juez de tutela de primera instancia se abrogaron la posibilidad de “definir quién merece que su identidad sea protegida (...) parece seguir las vías del prejuicio ilustrado, atenta contra el reconocimiento del pluralismo como uno de los principales criterios axiológicos del Estado social de derecho y, en consecuencia, conlleva el desconocimiento del principio de la diversidad étnica y cultural”.

La sentencia impugnada se traduce en una intromisión no autorizada en los ámbitos de decisión de las comunidades indígenas con relación al trato de los miembros de su comunidad y ello constituye una auténtica aporía que se expresa en la idea de que, a contrapelo de lo que dicen las autoridades del pueblo Wayú respecto a la pertenencia del actor, a la comunidad y a la posibilidad de que este cumpla la pena en su territorio, al Estado le parece que no es tan indígena como se requiere para la procedencia del traslado.

En sentencia de 29 de julio de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado. Verificó que el accionante pretende que se declare la nulidad de los autos de 27 de junio y 12 de septiembre de 2019, para que, en su lugar, se conceda el traslado a su asentamiento indígena. Sin embargo, reiteró que el amparo no tiene vocación de prosperidad, en tanto que la resolución en la que se zanjó el asunto no se vislumbra arbitraria o caprichosa. Por el contrario, se observa que el despacho actuó dentro del marco de la autonomía e independencia que le es otorgada por la Constitución y la ley, y con fundamento en la realidad procesal

Indicó que, en el auto de 12 de septiembre de 2019, la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín efectuó un estudio de las actuaciones adelantadas dentro del trámite acusado, de los argumentos del recurso de apelación, así como de la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso y del acervo probatorio, tras lo cual concluyó que había lugar a confirmar la decisión de primera instancia, a través de la cual el a quo negó la solicitud de traslado. En este sentido, el juez colegiado precisó que, siempre que se garantice el trato diferencial positivo correspondiente, la identidad cultural no se vulnera por el hecho de encontrarse recluso en un centro carcelario y que, al respecto, el petente no manifestó que el centro de reclusión estuviese irrespetando su condición de indígena. Concluyó:

“De lo antedicho, no se extrae una definición irracional, arbitraria o irregular, motivo por el cual no le es permitido al juez constitucional entrar a controvertir la decisión objetada so pretexto de tener una opinión diferente, pues quien ha sido encargado por el legislador para dirimir el conflicto es el juez natural y su convencimiento debe primar sobre cualquier otro, salvo que se presenten las desviaciones protuberantes a que se ha hecho mención, que en este caso no acontecen”.

1. Pruebas que reposan en el expediente

* Solicitud de traslado del 31 de enero de 2019 al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad.

* Constancia de 4 de marzo de 2020, mediante la cual, la señora Johanna Palmar Pushaina, técnica operativa de la oficina de asuntos indígenas del municipio de Maicao, donde se limita a verificar que Eder Bernardo van Griken Epiayú es indígena del grupo étnica Wayú perteneciente al clan Epiayú.

* Constancia del 4 de marzo de 2020, mediante la cual, el señor Rafael Gonzalez Epiayú, autoridad tradicional Wayú de la comunidad Alirapa, ubicada en el municipio de Maicao, certifica la condición de indígena del actor.

* Informe psicosocial de 11 de abril de 2019, mediante la cual, la asistente social, Doriela Amparo Uribe García, adscrita al Área de asistencia social del centro de servicios administrativos de los juzgados de Ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín, da cuenta de las condiciones socioculturales de Eder Bernardo Van Griken Epiayú.

* Oficio de 22 de abril de 2019, mediante el cual, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, solicitó al director regional del INPEC que informara si cuenta con instalaciones para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad para personas indígenas.

* Auto interlocutorio No. 1635 del 27 de junio de 2019, mediante la cual, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín negó la solicitud de traslado.

* Auto de 12 de septiembre de 2019, mediante la cual, la Sala de decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín confirmó lo decidido en el auto interlocutorio No. 1635 del 27 de junio de 2019.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

El actor es un indígena del pueblo Wayú reconocido por sus autoridades tradicionales. En el año 2016, el peticionario fue condenado penalmente a la pena privativa de la libertad de 492 meses de prisión, por el delito de homicidio agravado. En la actualidad, el petente se encuentra privado de la libertad en el establecimiento penitenciario y carcelario “El Pedregal”, ubicado en la ciudad de Medellín, en cumplimiento de la pena privativa de la libertad. La verificación del cumplimiento de la sanción correspondió al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Medellín. El 31 de enero de 2019, el actor se dirigió a dicha autoridad judicial con el fin de solicitar su traslado al resguardo indígena Wayú al que pertenece, ello en aplicación del precedente constitucional reiterado conforme al cual, los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a cumplir la pena de privación de la libertad en sus territorios, cuando se satisfagan varias condiciones.

Ello con el fin de proteger no sólo al individuo, que puede perder las tradiciones, usos y costumbres, fruto del proceso de aculturación, sino además de la comunidad indígena, que pierde a uno de sus miembros.

En auto de 27 de junio de 2019, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín negó la petición de traslado, en atención a que, con base a un informe psicosocial aplicado al accionante, llegó a la conclusión que el mismo abandonó su comunidad hace cerca de 10 años, motivo por el cual, se puede afirmar que el proceso de aculturación se encuentra muy avanzado, al punto que ha perdido sus usos y costumbres. Argumentó que el mejor indicador de lo anterior es que el actor es un líder de la comunidad LGBT del establecimiento penitenciario y carcelario del Pedregal. La providencia fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín.

El actor argumentó en su escrito de tutela que existe un precedente reiterado y pacífico que indica que los miembros de las comunidades indígenas que fueron condenados por jueces penales ordinarios tienen derecho a cumplir la sanción privativa de la libertad en los territorios de las comunidades indígenas, cuando se satisfagan unos requisitos jurisprudenciales. En el caso del actor, afirma que cumple cada uno de ellos, motivo por el cual las providencias que negaron su petición de traslado incurren en una violación al debido proceso, a la dignidad humana, a la igualdad y a la diversidad étnica. En esa medida, acude al juez de tutela, con el fin de solicitar la protección de sus garantías constitucionales y se dejen sin efecto las providencias de los jueces de ejecución de penas.

Las autoridades accionadas argumentaron que no incurrieron en vulneración a los derechos del actor, toda vez que las decisiones cuestionadas se fundan en argumentos válidos y atienden a la evidencia probatoria del expediente. Conforme a ello, el actor, si bien es de nacimiento indígena Wayú, en la actualidad ya se comporta como un occidental, y en esa medida, no resulta procedente su traslado.

En ese contexto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional debe resolver dos problemas jurídicos. En primer lugar, debe determinar si las providencias atacadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, igualdad e identidad cultural del actor, al negarle la posibilidad de cumplir la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria en su resguardo indígena, bajo el argumento que, de acuerdo con un informe psicosocial de 11 de abril de 2019, practicado al actor, este ya no conserva sus usos y costumbres, debido a que salió de su comunidad indígena hace cerca de 10 años, lo cual, incluso, lo ha llevado a convertirse en un líder de la comunidad LGBT del establecimiento penitenciario y carcelario donde se encuentra privado de la libertad.

En segundo lugar, posterior a ello, en caso de encontrar que se presentó una vulneración a los derechos fundamentales del actor, la Sala de Revisión deberá examinar si es posible compatibilizar las reglas jurisprudenciales vigentes sobre traslado de miembros de comunidades indígenas a sus resguardos, con las particularidades del pueblo Wayú, pues, como se mostrará más adelante, el pueblo que reclama el traslado de su integrante es una comunidad con baja centralización y no cuenta con una máxima autoridad tradicional.

El problema jurídico formulado versa sobre la supuesta configuración de un defecto fáctico en una providencia que resolvió una solicitud de traslado a un resguardo indígena. La jurisprudencia constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse y fijar las reglas relacionadas con estas solicitudes de traslado. Sin embargo, no ha estudiado eventos en los que el actor ataca una providencia judicial por la configuración de un eventual yerro fáctico, en atención a que existe incertidumbre sobre el proceso de aculturación de la persona indígena, y su consecuencia en el ejercicio del derecho a la autonomía indígena. En el mismo sentido, como se evidenciará, no existe precedente estricto aplicable a peticiones de traslado para una comunidad indígena como la Wayú. En este contexto, con el fin de resolver el anterior problema jurídico, la Sala reiterará el siguiente precedente constitucional: (i) la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, especialmente, en relación con el defecto fáctico en casos de dudas sobre la condición de una persona indígena;

(ii) la protección constitucional a la diversidad étnica de las comunidades indígenas; (iii) procesos de re etnificación indígena, y (iv) posibilidad de que una persona indígena cumpla en el resguardo la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción ordinaria. Finalmente se resolverá el caso concreto.

1. Procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, especialmente, en relación con el defecto fáctico en casos de dudas sobre la condición de una persona indígena⁶

En reiterado precedente constitucional, la Sala Plena de la Corte ha indicado que la acción de tutela es procedente cuando se dirige contra providencias judiciales. Sin embargo, la jurisprudencia ha exigido que el actor satisfaga seis causales genéricas y al menos una específica. Respecto a las primeras, se trata de condiciones de procedibilidad formal de la acción de tutela contra una providencia, mientras que las segundas son los yerros que se endilgan a la actuación judicial⁷. En efecto, se ha indicado que, en casos en que se alegue la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por parte de una autoridad judicial, el accionante debe evidenciar:

1.1. Que la cuestión que se discute resulta de evidente relevancia constitucional. En efecto, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones o discusiones de carácter legal o reglamentario.

1.2. Que se hayan agotado todos los recursos -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, debe asumirse que se acude a la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, y se correría el riesgo de vaciar las competencias de

las distintas autoridades judiciales.

1.3. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, se permitiría que la acción de tutela proceda meses o aun años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica, valores igualmente relevantes desde una perspectiva constitucional.

1.4 Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.

1.5. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

1.6. Que no se trate de una acción de tutela contra una sentencia de tutela. Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida.

Respecto a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala Plena de la Corte Constitucional ha explicado que se trata, ya no de las condiciones de procedencia formal de la acción de tutela, sino de los yerros que afectan la validez de la providencia judicial que se ataca⁸. También ha indicado que el actor debe mostrar que al menos se presenta una de las siguientes hipótesis.

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la

providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

i. Violación directa de la Constitución”9.

En relación con el defecto fáctico, la Corte Constitucional ha precisado que el mismo consiste en el evento en que una autoridad judicial incurre en una interpretación inadecuada de los hechos expuestos en un proceso, la cual acarrea como consecuencia en una inapropiada valoración probatoria, bien porque el juez no contaba con pruebas para sustentar sus afirmaciones, ora porque al estimar su valor demostrativo fue arbitrario o caprichoso. La Corte ha explicado que tal yerro debe ser “de tal magnitud que pueda advertirse de manera evidente y flagrante, sin que quepa margen de objetividad alguno que permita explicar razonablemente la conclusión a la cual llegó el juez¹⁰. En la misma línea, es fundamental que el error tenga una trascendencia importante en el sentido del fallo, de manera que si no se hubiera incurrido en él, se hubiera adoptado una decisión completamente opuesta.

En sentencia T-459 de 2017¹¹, la Corte profundizó en las dimensiones del defecto fáctico y explicó las hipótesis en las que se configura el mencionado yerro. Indicó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que éste puede presentarse en dos modalidades, a saber: (i) defecto fáctico negativo: hace referencia a la omisión en la valoración y decreto de pruebas determinantes para identificar la veracidad de los hechos; (ii) defecto fáctico positivo: evento en el cual el juez aprecia pruebas esenciales y determinantes que no ha debido admitir ni valorar porque, por ejemplo, fueron indebidamente recaudadas, o efectúa una valoración por “completo equivocada”¹².

En la T-764 de 2014, la Corte indicó que el defecto fáctico también se presenta cuando la providencia cuestionada es el resultado de un proceso en el que dejaron de practicarse pruebas necesarias para dirimir el conflicto (omisión judicial); pero también cuando aquellas, siendo decretadas, no son apreciadas bajo la óptica de un pensamiento objetivo y racional, pues ello se opone al debido proceso, al punto de generar arbitrariedad. Lo mismo ocurre con las que carecen de aptitud o de legalidad, bien sea por su inconducencia o porque fueron recaudadas de forma inapropiada, caso último en el que deben ser consideradas como

pruebas nulas de pleno derecho (art. 29 C. P.).

Por su parte, en la T-397 de 2016, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas indicó que, las deficiencias probatorias pueden generarse como consecuencia de: (i) una omisión judicial, como puede ser la falta de práctica y decreto de pruebas conducentes al caso debatido, presentándose una insuficiencia probatoria. Así como cuando sin una razón válida da por no probado un hecho que emerge claramente; o (ii) por vía de una acción positiva, como puede ser la errada interpretación de las pruebas allegadas al proceso, o la valoración de pruebas que son nulas de pleno derecho o que son totalmente inconducentes al caso concreto, presentándose, en el primer caso, un defecto por interpretación errónea y, en el segundo, un defecto por ineptitud e ilegalidad de la prueba.¹³

En la misma providencia se explicó que las mismas han sido enmarcadas por la jurisprudencia constitucional bajo distintas modalidades, a saber: (i) defecto fáctico por la omisión en el decreto y la práctica de pruebas¹⁴; (ii) defecto fáctico por la no valoración del acervo probatorio¹⁵; y (iii) defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio (desconocimiento de las reglas de la sana crítica)^{16.17}

1. Defecto fáctico en casos de dudas probatorias sobre la pertenencia de una persona a una comunidad indígena.

Respecto a las providencias en las que la Corte Constitucional ha estudiado casos en los que comunidades indígenas o miembros de estos pueblos cuestionan decisiones proferidas por autoridades judiciales ordinarias que han incurrido en defectos fácticos, resultan relevantes las siguientes providencias.

En la Sentencia T-764 de 2014, la Sala Cuarta de Revisión protegió el derecho al debido proceso de una comunidad indígena que atacó una decisión del Consejo Superior de la

Judicatura que asignó la competencia para conocer un conflicto entre indígenas de la misma parcialidad, a una autoridad ordinaria. Los hechos puntualmente se referían a que al interior de un resguardo se produjo una riña que llevó a la muerte de un comunero. El indígena que era señalado de responsable era maestro normalista, motivo por el cual se cuestionaba si verdaderamente era parte del resguardo o en realidad se trataba de una persona mestiza.

En la providencia, la Corte reiteró el precedente sobre el defecto fáctico, toda vez que el problema jurídico giraba en torno a la valoración probatoria de los hechos que permitían fijar competencia para los hechos. En la decisión, la Corte indicó que, “para que se configure este vicio o defecto es necesario que el operador judicial profiera una decisión sin contar con el respaldo probatorio adecuado, trayendo como inmediata consecuencia la distorsión de la verdad jurídica con respecto de la material; situación que en nada traduce el inexorable deber atribuido a los jueces de impartir justicia.” Por ello:

“[la] discrecionalidad para asignar valor a cada prueba –según las reglas de la sana crítica– no implica una potestad absoluta, desbordante de los límites que impone el ordenamiento constitucional”.

En el caso que se reseña, la valoración probatoria que se daba a varios elementos de prueba resultaba fundamental para la determinación de la autoridad competente de conocer el proceso contra personas indígenas. En punto a la solución del debate jurídico probatorio que se planteaba, la Corte indicó que:

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

prodiga a los grupos étnicos deviene, precisamente, de "... la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)..."¹⁸.

En esa oportunidad, la Sala de Revisión determinó que se había producido un yerro en la valoración de las pruebas, toda vez que los documentos permitían concluir razonablemente con claridad que la persona señalada como responsable de las conductas punibles era miembro indígena, lo cual permitía activar el fuero especial. Para ello se basó en los documentos emanados del gobernador indígena, y el documento a través del cual el resguardo propuso el conflicto de competencia en cuestión. Por lo anterior, tuteló el derecho al debido proceso de la comunidad indígena y ordenó que el proceso contra uno de sus miembros pasara de la jurisdicción ordinaria -especialidad penal-, a la jurisdicción indígena.

En la Sentencia T-397 de 2016, también se discutía un caso en el que el proceso de aculturación de una comunidad indígena y de uno de sus miembros ponían en duda la activación del fuero especial indígena. En esa ocasión, se atacaba una providencia proferida por el Consejo Superior de la Judicatura conforme a la cual la persona indígena que era juzgada penalmente por una instancia ordinaria ya no era objeto de la jurisdicción indígena debido a que la comunidad y el actor habían "perdido" elementos de su identidad étnica. Por lo anterior, la Corte reiteró el precedente constitucional sobre el defecto fáctico por incorrecta valoración probatoria.

Puntualmente, se cuestionaba si una persona era miembro de una comunidad indígena, pues conforme con los censos inscritos ante el Ministerio del Interior ello no estaba corroborado, pero en los documentos en manos de las autoridades indígenas sí aparecía registrado como miembro de la parcialidad. La Sala explicó que, acorde con las certificaciones emitidas por la máxima autoridad del cabildo indígena Polindaras, encuentra la Corte demostrada la calidad de indígena de José Manuel Gurrute Quilindo y, como tal, su pertenencia a esa comunidad,

toda vez que, como lo ha señalado en reiteradas ocasiones esta corporación¹⁹, ante la existencia de diversos mecanismos para acreditar la condición de indígena (...) deben prevalecer aquellos que la propia comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, en todo caso, debe primar la realidad sobre formalidades como la inscripción en un determinado censo que puede estar desactualizado o contener errores²⁰.

Por lo anterior, la Sala llamó la atención sobre el hecho que la providencia ordinaria cuestionada no haya acreditado la condición de indígena de la persona juzgada por la comisión de una eventual conducta punible, bajo el argumento que no se encuentra en los censos indígenas, cuando en realidad los documentos de las autoridades indígenas “dan cuenta de sus vínculos con dicha comunidad, incluso desde antes de cometer el injusto penal, y trascienden el ámbito meramente formal que implica un instrumento como el censo, el cual, si bien resulta mecanismo válido para acreditar la condición de indígena de un sujeto, no es constitutivo de la misma”²¹. Concluyó la Sala:

“Una vez evaluados los anteriores elementos de juicio, encuentra la Corte que, a diferencia de lo expuesto por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Robert Quina Sánchez sí tenía la condición de indígena y, aunque no pertenecía a la comunidad Polindaras, hacía parte del pueblo Totoroéz, grupo étnico con presencia en el lugar donde ocurrieron los hechos. Lo anterior, de conformidad con la certificación expedida por la máxima autoridad el cabildo indígena del resguardo de Totoró acerca de la pertenencia de la víctima a esa comunidad, y cuyo contenido confirma la información suministrada por la autoridad municipal –también aportada al trámite de solución del conflicto de jurisdicciones– y la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior en sede de revisión.”

Por lo anterior, la Sala de Revisión tuteló el derecho al debido proceso de la comunidad, por la configuración de un defecto fáctico por inadecuada vulneración de los elementos probatorios, y ordenó que el proceso de investigación y juzgamiento de la persona indígena

fuera remitido a las autoridades tradicionales.

El artículo 9 del convenio 169 de la Organización Mundial del Trabajo señala que los Estados parte tienen la obligación de, en la medida de lo posible, y en tanto ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, y además, las autoridades y los tribunales competentes en materias penales “deberán tener en cuenta las costumbres en dichos pueblos en la materia”. Prescribe el artículo 10:

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

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

En el mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cumplimiento del literal b del artículo 41 del Pacto de San José de Costa Rica,²³ recomendó a los gobiernos de los Estados partes la implementación de “Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad”.²⁴ El principio III de la recomendación que trata sobre la libertad personal establece que “[c]uando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento conforme a la justicia consuetudinaria y en consonancia con la legislación vigente”.

Por su parte, el artículo 246 de la Constitución Política reconoce a las comunidades indígenas una competencia jurisdiccional especial dentro de su ámbito territorial, con base en sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las

leyes de la sociedad occidental.

Conforme al principio de diversidad cultural, y la protección constitucional de la diferencia étnica previsto en la Constitución, el Congreso de la República incorporó en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, por la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario. En dicha norma se establecen las condiciones en las cuales debe producirse la privación de la libertad de un miembro de una comunidad indígena. Ello debido a que el legislador es consciente que la privación de la libertad tiene efecto aculturizador y de disolución de la diferencia étnica.

En esa medida, la norma prescribe que: “Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, cuerpo de Policía y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado (...). 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.” Respecto a esta norma, la Sentencia C-394 de 1995 explicó que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes implicaría una amenaza a sus tradiciones y costumbres “que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales.”

En el mismo sentido, el artículo 2° de la Ley 1709 de 201425 añadió al Código Penitenciario y Carcelario un desarrollo que ofrece mayor precisión sobre el concepto de enfoque diferencial en el sistema carcelario, al reconocer que “hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.”

1. Procesos de auto reconocimiento y re-etnificación indígena en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En esta ocasión, el debate constitucional se relaciona con la condición de indígena de una persona que, conforme la posición de las autoridades judiciales accionadas, completó su proceso de aculturación, motivo por el cual ya no tiene derecho a cumplir su sanción penal en su resguardo indígena, sino en un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario del INPEC. Por el contrario, las autoridades indígenas reconocen al actor como miembro de la comunidad, y éste se auto reconoce como indígena, a pesar de vivir desde hace más de 10 años fuera de su comunidad.

Por ello, una variable relevante en el debate constitucional se refiere al reconocimiento y auto reconocimiento del indígena y la comunidad Wayú, y si el proceso de aculturización afecta el ejercicio del derecho alegado por el tutelante, y si el proceso de reetnificación que propone el accionante y su pueblo tiene el alcance de permitir ejercer el derecho a cumplir la sanción penal en su resguardo a pesar de haber salido de su comunidad hace varios años. En esa medida, para la Sala resulta necesario explicar el concepto de reetnificación, auto reconocimiento y la protección constitucional que la misma recibe en la jurisprudencia constitucional.

En la Sentencia T-792 de 2012, la Corte Constitucional protegió el derecho de un joven que solicitaba ser exonerado del servicio militar obligatorio debido a que era parte de una comunidad indígena. El problema jurídico giraba en torno a que la comunidad indígena no contaba con reconocimiento estatal, y se argumentaba que se trataba de una cultura asimilada a la nación mayoritaria. En efecto, el actor afirmaba ser parte de un cabildo indígena muisca que no contaba con registro legal y del cual no quedaban pueblos originarios exentos de contacto y mestizaje con el mundo occidental.

En la sentencia, la Corte Constitucional indicó que los pueblos indígenas pre-hispánicos vivieron diversos procesos de violencia física y cultural que tuvieron como consecuencia la disolución de la diferencia étnica, y la asimilación de los pueblos originarios en la comunidad mayoritaria. Sin embargo, la fortaleza y memoria de las costumbres de los pueblos indígenas ha llevado a que, a partir de semillas y pequeños fragmentos, comience un proceso de reconstrucción de hábitos y prácticas, al punto que se han consolidado procesos en los que se han salvado pueblos que se daban por extintos. La providencia indicó que:

“(…) no son admisibles constitucionalmente los parámetros que plantean una definición fija o estática de la identidad étnica, porque la etnicidad es una “construcción cultural”²⁶ y, por lo tanto, no puede desconocerse que ella varía en función del desarrollo de los procesos al interior de cada comunidad, del momento histórico-social, e incluso de los avances de otras disciplinas tales como la sociología, la antropología y la historia”

Por lo anterior, la providencia explicó que no es posible pensar la identidad cultural como un asunto definido, sino que siempre es posible ajustarla y construirla por sus propios protagonistas a lo largo de la historia. En el mismo sentido advirtió “que un ejercicio irrestricto de caracterización de lo que puede entenderse como “indígena” y de aquello que no, es una injerencia indebida del Estado en el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, pues este derecho incluye la posibilidad de auto reconocerse como diverso y de que esa auto identificación tenga valor ante la sociedad y el Estado. El rígido establecimiento de criterios de identificación de las comunidades indígenas tiene el peligro de abrir paso a prácticas de diferencialismo negativo, que atenten contra el principio constitucional de pluralismo y reconocimiento de la diversidad étnica, así como contra el derecho a la igualdad y el principio de no discriminación”.

En el caso concreto, en esa ocasión, la Sala Novena estudiaba una actuación administrativa en la que las autoridades militares no accedieron a reconocer como indígena a una persona que era miembro de una comunidad muisca en proceso de re etnificación debido a que, a criterio de las instancias encargadas del reclutamiento obligatorio, el actor carecía de evidencias y documentos suficientes para probar su condición de miembro de una

comunidad indígena reconocida estatalmente. Por lo anterior, el debate constitucional giraba entorno a determinar si existía una tarifa legal para probar la condición de indígena. La Sala de Revisión indicó:

“(…) la Sala encuentra que las autoridades accionadas desconocieron los derechos fundamentales de Víctor Julio Tocarruncho, auto identificado como indígena, pues restringieron la prueba de la existencia de la comunidad y de su carácter étnico a la certificación del registro ante la Dirección de Asuntos Indígenas y se abstuvieron de tramitar la exoneración del servicio militar obligatorio alegando la ausencia de otro documento. Del mismo modo, el juez de primera instancia erró al negar el amparo solo con base en la inexistencia del registro, pues al hacerlo amenazó con desconocer el derecho a la identidad étnica de las comunidades indígenas, al restringir la posibilidad de que se decidiera en el trámite la exoneración del servicio militar obligatorio del accionante.”

En la Sentencia T-294 de 2014, la Sala Primera de Revisión de la Corte examinó el caso de una comunidad zenú que solicitaba participación efectiva en el proceso de construcción de un relleno ambiental en predios de la vereda que habitaban. En esa ocasión, las autoridades administrativas encargadas de la construcción del relleno indicaron que los accionantes no eran un pueblo indígena y, en esa medida, no eran titulares del derecho a la consulta previa.

Debido a ello, la Corte realizó una amplia explicación sobre los procesos de reconstrucción identitarios y de reemergencia étnica e indicó que si bien los accionantes habían atravesado un proceso de disolución cultural, desde los años 70, también habían iniciado un proceso de defensa de los títulos coloniales en defensa de sus tierras que, a la postre, habían vehiculizado procesos de reetnificación, motivo por el cual las entidades accionadas, al desconocer este proceso, habían vulnerado los derechos a la identidad cultural y a la consulta previa. Indicó la Corte sobre dicha situación:

“La comunidad de Venado constituye uno de los núcleos poblacionales que participa de este proceso de reemergencia étnica, si bien enfrentando las dificultades y contradicciones internas que son propias de este tipo de procesos sociales; contradicciones que en el caso concreto se manifiestan en la existencia paralela del Cabildo indígena y de la Junta de Acción Comunal, como formas organizativas en torno de las cuales se agrupa un núcleo de población que, en todo caso, y más allá de sus diferencias políticas, organizativas o de la posición adoptada frente al proyecto de relleno sanitario, se nombra y se siente incluida dentro de una unidad poblacional diferenciable, y reconocida en su diferencia por agentes externos, a la que denominan “comunidad de Venado”.”

En la Sentencia se llega a una conclusión relacionada con que el pueblo zenú sufrió una intensa segmentación o fragmentación en un proceso histórico de largo plazo, que explica la dispersión de las comunidades, las discusiones y controversias sobre la identidad étnica de determinadas parcialidades, incluso dentro del mismo pueblo indígena, la existencia de poblaciones que se ubican en una frontera de contornos difíciles de establecer entre lo campesino y lo indígena, y la frecuente “aparición” de comunidades que responde en realidad a la formalización de sus organizaciones como cabildos. Por ello, se explicó que la identidad es un proceso en permanente construcción histórica, y no debe verse como algo acabado, sino que por el contrario, se presentan disputas y controversias, en las cuales el Estado a través de sus autoridades debe evitar proyectar sus propios prejuicios sobre lo que debe entenderse como pueblo étnicamente diferenciado.

En sentido similar, debe referenciarse la Sentencia T-485 de 2015. En aquella ocasión, la Sala Octava de Revisión de Tutelas estudió el caso de una acción de tutela formulada por dos comunidades negras que denunciaban que no habían sido escuchadas durante la decisión que iba a llevar a la construcción de proyectos hoteleros en los territorios que tradicionalmente ocupaban. En esa oportunidad, las autoridades estatales habían ignorado las peticiones de participación y realización de consulta previa en favor de las comunidades negras. Las entidades administrativas argumentaban que las comunidades no eran un pueblo

étnicamente diferenciado, razón por la cual no debía adelantarse el proceso de consulta previa.

La Sala de Revisión recordó que el Convenio 169 de la OIT hace énfasis en los procesos de auto reconocimiento y auto construcción, como elementos fundamentales en la identificación de un pueblo como étnicamente diferenciado. Precisó la Corporación: “debe recordarse que el aspecto esencial que guía la identificación de las comunidades diferenciadas es el auto reconocimiento, en tanto es el criterio que se muestra compatible con el principio de protección de la diversidad étnica y cultural. Así, corresponde a los integrantes del pueblo étnico identificarse como culturalmente diversos, expresión de voluntad que solo podrá rechazarse cuando se muestre desproporcionada o irrazonable”²⁷.

Con base en lo anterior, y a que además concurrían otros aspectos probatorios, la Sala concluyó que las comunidades accionantes eran un pueblo étnicamente diferenciado y en esa medida eran titulares del derecho a la consulta previa. Se precisó que el factor de auto reconocimiento es esencial en la protección de la diversidad étnica. Por ello, el Estado no puede entrometerse haciendo exigencias diferentes a las contenidas en el Convenio 169 de la OIT. Al respecto, indicó que ninguna autoridad pública, ni siquiera el juez constitucional, puede definir si un sujeto hace parte o no de una minoría étnica, pues son estas comunidades las únicas que pueden fijar tales criterios de pertenencia, en ejercicio de su autonomía.

En la SU-217 de 2017, la Sala Plena de la Corte también estudió un proceso de tutela relacionado con la ampliación de un relleno sanitario que afectaba, entre otros, a una comunidad que afirmaba ser étnicamente diferenciada. A juicio de las entidades accionadas no se trataba de un pueblo indígena o negro, sino de una población campesina. En esa decisión de unificación, se reiteró que:

“ (...) la Corte Constitucional acude a los criterios objetivo y subjetivo, establecidos en el Convenio 169 de la OIT. El factor objetivo, sin embargo, debe analizarse tomando en cuenta los distintos hechos históricos, así como el carácter dinámico de cada cultura, aspectos que llevan a que las comunidades indígenas no siempre conserven los elementos que la población mayoritaria estima definitorios de los pueblos indígenas. Ambos factores, en criterio de la Corte deben analizarse de forma ponderada (no taxativa) y existe una subregla de prevalencia a favor del criterio subjetivo...”.

En el caso concreto, a partir del criterio subjetivo de auto identificación, la Sala Plena concluyó que la comunidad accionante sí era un pueblo étnicamente diferenciado, y en esa medida las entidades accionadas habían desconocido el derecho a la diversidad étnica, al exigir documentos y pruebas que mostraran, a su criterio, estar frente a un pueblo indígena.

6. Posibilidad de que una persona indígena cumpla en el resguardo la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción ordinaria²⁸

El precedente constitucional relacionado con los sitios de reclusión de las personas indígenas privadas de la libertad ha sido reiterado en indicar que, en principio, existen hipótesis en las que es constitucionalmente admisible que una persona indígena, condenada por la jurisdicción ordinaria, sea trasladada de un establecimiento penitenciario y carcelario ordinario administrado por el INPEC, a un resguardo indígena, ello con el fin de que cumpla la sanción privativa de la libertad.

Se ha indicado que, en principio, el traslado al resguardo tiene como finalidad proteger a la persona indígena del proceso de aculturación que ocurre al interior de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, y además a la comunidad misma de perder a uno de sus

miembros. Por ello, se trata de un proceso que protege la dimensión individual y colectiva de la integridad cultural. De igual forma, el precedente constitucional ha indicado las condiciones que debe reunir una petición de traslado de un indígena de un establecimiento penitenciario y carcelario al territorio del resguardo.

En la Sentencia T-921 de 2013, la Sala Séptima de Revisión tuteló los derechos de un indígena Emberá Chamí que era investigado y acusado por la Fiscalía General de la Nación por la presunta comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años. A juicio del actor, miembro de una comunidad indígena, las autoridades judiciales no tuvieron su etnicidad al momento de adelantar el ejercicio de la acción penal, y en esa medida lo imputaron ante los jueces ordinarios, y le impusieron medida de aseguramiento en establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC. En esa ocasión, el actor solicitó que el proceso penal y la ejecución de la medida de aseguramiento se adelantaran en instituciones de su comunidad indígena. Si bien se trataba de un caso de tutela, en la que el proceso penal se encontraba en una etapa procesal de investigación y con medida de aseguramiento, en esa ocasión la Sala de Revisión fijó las reglas para los eventos en los que la petición de un indígena de traslado hacia su resguardo indígena se hacía cuando ya estaba cumpliendo una pena privativa de libertad ejecutoriada.

En esa ocasión, la Sala Séptima de Revisión explicó que el sistema penitenciario y carcelario debía aplicar un enfoque diferencial en defensa de la integridad y la diversidad cultural de las personas indígenas privadas de la libertad. En esa medida están descartadas las determinaciones administrativas y judiciales que automática e irreflexivamente pongan a las personas indígenas en la misma situación que una persona mestiza. Manifestación de lo anterior es que: (i) una persona indígena cumpla su sanción en el territorio de su comunidad, siempre que se reúnan determinadas condiciones o; (ii) en caso de que el resguardo no satisfaga los requisitos para el traslado de uno de sus miembros, la persona indígena debe cumplir su sanción privativa de la libertad en un pabellón especial que permita garantizar la integridad cultural de la persona.

La Corte explicó las condiciones que deben darse para que una persona indígena cumpla una sanción penal en el territorio de su comunidad ancestral en lugar de un establecimiento penitenciario y carcelario administrado por el INPEC. Respecto a las peticiones de traslado de indígenas privados de la libertad en establecimiento del INPEC, la Sala determinó las siguientes reglas:

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

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

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

En relación con el problema jurídico del caso sub judice, la tercera regla es relevante, en atención a que se refiere a la hipótesis en que una persona indígena, miembro de una comunidad, se encuentra privada de la libertad en cumplimiento una sentencia penal ejecutoriada y proferida por la justicia ordinaria. La providencia que se comenta precisó que, en virtud del principio de favorabilidad, “este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su resguardo, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de ésta”.

Consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional dejó sin efectos una decisión del Consejo Superior de la Judicatura que determinó que era la jurisdicción ordinaria la encargada de materializar la medida de aseguramiento. En su lugar, la Corte ordenó que se remitiera el caso a las autoridades tradicionales del Resguardo Indígena de San Lorenzo de la etnia Embera - Chamí, para que: (i) asuman competencia sobre el proceso en el cual se investigaba al actor y (ii) garantizaran la ejecución de la medida de aseguramiento que le había sido impuesta. En el mismo sentido indicó que el juzgado penal que adelantaba la investigación debía poner al actor a disposición de las autoridades indígenas.

En la sentencia T-642 de 2014,²⁹ la Corte revisó el caso de un miembro de la comunidad indígena Frey de Mistrató -Emberá Chamí- que se encontraba recluido en el establecimiento penitenciario de Ibagué, en cumplimiento de una sentencia ordinaria, sin tenerse en cuenta que para el año 2000 ya había cumplido la sanción impuesta por su autoridad indígena en 1985, consistente en 10 años en el cepo y 5 años de trabajo comunitario.

La Sala Octava de Revisión resolvió el siguiente problema jurídico: “determinar si la actuación del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad accionado, amenazó o

vulneró los derechos constitucionales fundamentales del [accionante], a la libertad, a la jurisdicción especial indígena, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural, toda vez que invoca encontrarse detenido ilegalmente en establecimiento común de reclusión, habiendo cumplido previamente la pena impuesta por la jurisdicción especial indígena.”

Después de analizar el principio de enfoque diferencial, de acuerdo con la Carta Política, los diferentes instrumentos internacionales³⁰ y el precedente jurisprudencial constitucional, esta Corporación señaló que “en casos de precedencia de la investigación y juzgamiento de la conducta punible por la jurisdicción ordinaria, ante la ausencia en la configuración de los elementos constitutivos del fuero especial indígena, [...] todos los jueces de la República, sin excepción de ningún tipo, deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de dichos pueblos, dando preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Por ello, como regla general, independiente de la jurisdicción aplicable, los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión.” (subrayado y negrilla fuera del texto)

En consecuencia, decidió declarar la nulidad de la sentencia penal mediante la cual se condenó al miembro de la comunidad indígena Frey de Mistrató a 20 años de cárcel, ordenó al juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad su traslado al resguardo indígena y, por último, ordenó a las autoridades indígenas que iniciaran el proceso de investigación, juzgamiento y condena.

En la Sentencia T-975 de 2014, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional resolvió el caso de un indígena del Resguardo indígena Munchique Los Tigres, en el departamento del Cauca, que había sido condenado penalmente por varios delitos relacionados con el conflicto armado. La privación de la libertad se materializaba en un establecimiento carcelario y penitenciario del INPEC, sin embargo, el indígena solicitó su traslado a su resguardo. Examinados los elementos probatorios, la Corte negó el amparo y en esa medida el traslado de un establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC al territorio

indígena, pues: “(...) el jefe del resguardo Munchique Los Tigres no ha dado su consentimiento para que el accionante sea trasladado a ese lugar, tal como lo exige la sentencia T-921 de 2013”.

En la sentencia T-685 de 2015³¹, la Sala Segunda de Revisión resolvió el caso de dos miembros de la etnia Zenú del resguardo indígena San Andrés de Sotavento, condenados por la jurisdicción ordinaria por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas y fabricación, tráfico y porte de armas. Los accionantes solicitaban que el tiempo que permanecieron reclusos en su resguardo indígena se contabilizara para el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria. Consideró que un “indígena podrá cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que la máxima autoridad de su resguardo así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.”

Después de estudiar y reiterar las reglas establecidas en la sentencia T-921 de 2013, la Sala concluyó que “el tiempo que los condenados [...] alegan haber descontado en el Centro de Reclusión y Resocialización Indígena Zenú “Cacique Mexión” del resguardo de San Andrés de Sotavento, no puede ser contabilizado como parte de la pena impuesta por [los jueces penales ordinarios], toda vez que no estaba amparado por una orden de la autoridad judicial competente, ni avalado por la autoridad administrativa rectora del sistema penitenciario”. La providencia también reprochó que no se cumplían los requisitos que de acuerdo con la jurisprudencia de esta corporación deben concurrir para que la pena impuesta por la jurisdicción penal ordinaria pueda ser descontada en centros de reclusión de los resguardos indígenas.

En la Sentencia T-515 de 2016, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional estudió el caso de una mujer indígena Emberá Chamí que fue condenada por la jurisdicción ordinaria a pena privativa de la libertad. Durante la ejecución de la sentencia, el apoderado de la

mujer acudió a los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad con el fin de solicitar que la materialización de la sanción se diera en la comunidad indígena de la que ella hace parte. En esa ocasión, la Corte tuteló los derechos fundamentales de la actora al debido proceso y a la identidad cultural, y en su lugar: (i) dejó sin efectos los autos proferidos por el juzgado de ejecución de penas en los que negó el traslado del establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC al resguardo indígena, y, en su lugar, ordenó que la accionante fuera dejada a disposición de las autoridades tradicionales. En el mismo sentido, ordenó que el INPEC debía realizar visitas periódicas a la comunidad con el fin de garantizar la ejecución de la sentencia penal ordinaria. La providencia recordó que además de las reglas fijadas en la Sentencia T-921 de 2013, en el traslado de la actora al territorio del resguardo “deben aplicarse los estándares de diálogo intercultural, entre las autoridades penitenciarias y las autoridades indígenas”.

En la providencia se reiteraron las reglas fijadas en la T-921 de 2013, y se recordó que los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas. Lo anterior, tiene como consecuencia que, “los indígenas que se encuentran reclusos en un establecimiento penitenciario ordinario por disposición de la máxima autoridad de su resguardo o por no haber cumplido los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial, tienen derecho a pagar su condena en un pabellón especial que les garantice la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural, o a ser enviados a su resguardo para cumplir dentro de su ámbito territorial la sanción”. Puntualizó:

“En el evento en el que una persona indígena sea responsable de la comisión de un delito, no cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial y haya sido condenado por la jurisdicción ordinaria, ésta podrá cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad”.

7. Conclusiones

De las anteriores consideraciones se extraen las siguientes reglas jurisprudenciales: (i) en casos de comunidades indígenas o miembros de comunidades indígenas que cuestionan providencias judiciales proferidas por las autoridades estatales por incurrir en supuestos defectos fácticos, las Salas de Revisión han indicado que no existen tarifas probatorias para evidenciar la condición de miembro de una parcialidad, pues ello implicaría una intromisión desproporcionada de autoridades judiciales o administrativas en asuntos de la comunidad; (ii) los documentos suscritos por las autoridades indígenas son medios de conocimiento relevantes, pertinentes y suficientes para clarificar la condición de indígena de una persona; (iii) en los casos donde se discuten los elementos que permiten la configuración de la jurisdicción indígena, el defecto fáctico se configura en los eventos en los que, bajo argumentos o documentos estatales, se ignoran o no se les da el alcance suficiente a documentos y evidencias de las autoridades indígenas que permiten activar el fuero; (iv) la identidad indígena no es una definición ontológica que debe responder a los criterios de las autoridades estatales, en esa medida, al momento de identificar a una persona como miembro de una parcialidad, deben preferirse las determinaciones de las propias autoridades tradicionales; (v) el Estado tiene la obligación de respetar los procesos de auto reconocimiento, reetnificación y fortalecimiento cultural de las prácticas, usos y costumbres de las autoridades indígenas y de los individuos que la integran. Cualquier intromisión injustificada o caprichosa afecta el proceso de construcción de las prácticas indígenas. De hecho, se incurre en una vulneración a la diversidad cultural y un irrespeto al carácter pluri-étnico y multicultural de la Nación, cuando las autoridades estatales proyectan sus propias convicciones y prejuicios sobre lo que debe comprenderse como pueblo o individuo étnicamente diferenciado, y exigen pruebas o documentos dirigidos a satisfacer sus propios prejuicios sobre la diferencia. Por el contrario, en los términos del convenio 169 de la OIT, las entidades estatales deben privilegiar el elemento subjetivo y de auto afirmación.

Finalmente, (vi) en el caso de indígenas condenados por sentencias penales ordinarias a

penas privativas de la libertad, resulta procedente el traslado de un establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC a su resguardo indígena cuando (vi.i) la máxima autoridad indígena así lo solicite; (vi.ii) la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad y, (vi.iii) en todo caso, el INPEC deberá cumplir sus funciones constitucionales y legales, y periódicamente realizar visitas con el fin de que se cumplan condiciones de privación de la libertad. Todo siempre (vi.iv) dentro de una perspectiva intercultural donde se garantice el permanente diálogo y coordinación simétrica entre las autoridades indígenas y las instituciones estatales.

8. Caso concreto.

En atención a que se trata de una acción de tutela contra providencia judicial, en un primer momento, la Sala Novena examinará si concurren las causales genéricas de procedibilidad. Si se satisfacen los requisitos jurisprudenciales, se procederá a iniciar el examen de fondo, y resolver el problema jurídico planteado.

8.1 Examen de procedibilidad formal de la acción de tutela.

Para la Sala resulta evidente que se trata de un asunto de relevancia constitucional, toda vez que se refiere a la eventual vulneración de los derechos de una persona indígena privada de la libertad en un establecimiento carcelario y penitenciario bajo dirección del INPEC, y al proceso de pérdida de identidad cultural. En el mismo sentido, se trata de un proceso en el que se discute la protección del derecho a la integridad cultural de una comunidad indígena, y la definición de las dimensiones individuales y colectivas de la protección de la jurisdicción indígena.

El actor, a través de apoderado judicial, radicó la solicitud ante el juzgado cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín, la cual fue despachada negativamente en auto 1635 de 27 de junio de abril de 2019. Dicha providencia fue apelada y confirmada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. El actor no cuenta con recursos extraordinarios procedentes para cuestionar la determinación judicial. En esa medida, el actor agotó los recursos ordinarios con los que contaba y la Sala entiende satisfecho el requisito de subsidiariedad.

En relación con el requisito de inmediatez, debe indicarse que la providencia atacada es del 27 de junio de 2019, y fue confirmada por el Tribunal Superior de Medellín en providencia de 12 de septiembre de 2019. La acción de tutela fue formulada ante la Corte Suprema de Justicia el 12 marzo de 2020, es decir, dentro de un plazo que a juicio de la Corte Constitucional es razonable y respeta el principio de inmediatez, toda vez que sólo pasaron seis meses entre la decisión atacada y el inicio del medio de amparo. En todo caso, respecto a las particularidades del caso, a juicio de la Sala resulta razonable el tiempo transcurrido entre la última actuación judicial, y la fecha de formulación de la acción de tutela.

El requisito relacionado con que el actor alegue un yerro procesal de tal entidad, y que el mismo tenga el alcance de cambiar el sentido del fallo, es aplicable en los eventos en los que la causal específica de procedibilidad es el defecto procedimental. En este caso, el apoderado del actor alega un defecto fáctico, motivo por el cual no debe satisfacerse la exigencia.

La parte actora identificó de manera razonable tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración, pues concentró su argumentación en los yerrores que cometieron los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, al ignorar partes del contenido del informe rendido por la profesional del centro de servicios de dichas autoridades judiciales.

Finalmente, se trata de una acción de tutela contra un auto proferido por un juzgado de Ejecución de penas y medidas de seguridad, motivo por el cual se descarta la hipótesis de que sea un ataque a una providencia de tutela.

A juicio de la Sala Novena de la Corte Constitucional, se satisfacen los requisitos de procedibilidad formal de la acción de tutela y en esa medida corresponde continuar con el análisis de la procedencia material y la eventual configuración de un defecto fáctico.

8.2. Examen de procedibilidad material de la acción de tutela.

A continuación, se va a examinar si la providencia judicial atacada incurrió en el yerro de defecto fáctico alegado, y posteriormente, en caso de que el mismo se verifique, se estudiará si resulta procedente aplicar las consecuencias previstas en las reglas jurisprudenciales contenidas en las Sentencias T-921 de 2013 y T-515 de 2016. Ello en atención, como se indicó, a la imposibilidad de aplicarlas irreflexivamente debido a que se trata de una petición de traslado que tiene que ver con el pueblo Wayú, comunidad que se caracteriza por un bajo nivel de centralización y por elementos de nomadismo.

8.2.1. La verificación del defecto fáctico alegado.

En el auto interlocutorio No. 1635 de 27 de junio de 2019, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad resolvió la petición de traslado formulada por el apoderado del actor. En dicha providencia, la autoridad judicial tuvo en cuenta un informe del 11 de abril de 2019, rendido por una asistente social vinculada a la oficina del centro de servicios de los juzgados de ejecución de penas de la ciudad de Medellín. Según el escrito de tutela, la providencia cuestionada hace una interpretación errada de dicho informe, y, en esa medida,

la decisión incurre en un defecto fáctico. Por tal motivo, y con el fin de ofrecer claridad en la comprensión del elemento probatorio y de la providencia cuestionada, a continuación, la Sala expone: (i) el informe psico social No. 0145 de 11 de abril de 2019, rendido por la profesional Doriela Amparo Uribe García, asistente social del centro de servicios de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín y (ii) el auto No. 1635 de 27 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín.

8.2.1.1. Informe psico-social No. 0145 de 11 de abril de 2019

El mencionado documento fue producido en cumplimiento de una orden de impulso proferida por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Medellín, y tenía por objeto “realizar estudio sobre las condiciones socioculturales adquiridas por el sentenciado Eder Bernardo Van Grieken Epiayúu para el juzgado decidir sobre la solicitud de traslado a su comunidad”.

El informe indica que la metodología que se usa es la entrevista formal, estructurada y directa al accionante, y se hacen entrevistas a German Aguilar Epiayú, “Putchipü, üi o palabrero, máxima autoridad Wayú”, a Luis Alfonso Van Greiken, padre del actor, y a otros familiares.

Frente a la situación personal de Eder Bernardo Van Grieken se informó que es oriundo del departamento de la Guajira, indígena Wayú miembro de la comunidad Alipara, descendiente del clan Epiayú. Se indica que el actor estudió la secundaria en Riohacha y que, en el año 2002, se trasladó a la ciudad de Medellín donde inició estudios universitarios en el año 2006. Señala que:

“En él no se evidencia notoriamente su identidad indígena, luego de tantos años inmerso en

la cultura occidental, estaba viviendo un proceso de desculturización, no obstante, reconoce claramente su origen Wayú, dice saber hablar su dialecto y haber vivido inmerso en su comunidad hasta los 17 años de edad, al lado de sus padres.

(...)

En el estudio de condiciones socioeconómicas adquiridas por Eder Bernardo Van Grieken, se encuentra que tiene apropiación de la lengua materna el “Wayauünaiki, que es entre los Wayú uno de los principales pilares de identidad sociocultural, identifica el sentido de pertenencia y arraigo al territorio ancestral; aunque él a diferencia de otros miembros de la comunidad Wayú entrevistados, no está acostumbrado a las actividades que hacen los hombres de su etnia”.

Se informa que el sentenciado es soltero, sin hijos y activista de la comunidad LGBT. La mayor parte de su tiempo residió en la ciudad. Sostiene que es inocente, pero que es consciente que ya pasó la etapa procesal para alegar dicha condición. Se indicó que a juicio del actor “la prisión no representa un progreso, ni una resocialización, fue muy insistente en decir que resulta más productivo para su comunidad, estando inmerso en el trabajo de la comunidad Wayú y haciendo parte del desarrollo económico social y cultural de su etnia”.

Respecto a la entrevista con el señor German Aguilar Epieyú, el informe indica que el Putchipü, üi o palabrero es la máxima autoridad Wayú y es el guardián de la norma de dicha comunidad. Se indicó que “la comunidad indígena de la cual procede, solicita el reconocimiento y la articulación del sistema normativo Wayú, con el sistema judicial ordinario, precisa que dar el paso a permitir que Eder Bernardo Van Grieken, cumpla la sanción dentro de su comunidad indígena, es reconocer la autonomía del sistema normativo Putchipü, üi”.

Frente a la manera en la que el actor cumpliría la pena privativa de la libertad, el informe precisa que la autoridad indígena explicó:

“inicialmente el sistema de justicia ordinaria, una pena como la que fue impuesta a Eder Bernardo Van Grieken, tiene una función de resocialización y la pena en relación con los indígenas busca la reintegración del infractor a la comunidad y en este caso procuran por los medios posibles que dicho miembro de la comunidad, no se quede dentro de una cultura mayoritaria, en una prisión del Estado, sino que sea integrado a la comunidad, bajo condiciones especiales, conservando usos y costumbres de la comunidad, preservando así sus derechos fundamentales y quien asume la obligación de acompañamiento, manejo, control y vigilancia del castigado, es la comunidad indígena Alipará del resguardo donde se radicará, para ello se reunieron los Clanes Epiayú y Juayariyú (representantes del linaje paterno y materno del sentenciado) y precisa que directamente estarán a cargo la asociación de las autoridades tradicionales...”

Luego de conocer las autoridades tradicionales encargadas de vigilar la pena, en el evento de que la petición elevada sea resuelta favorablemente, se indicaron las actividades en las que estará ocupado el actor. Se informó que la comunidad proyecta que el condenado contribuya al fortalecimiento etno educativo “Anaa Akuipa”, por medio de su trabajo en educación.

Además, se manifestó que, en caso de que se apruebe el traslado, por espacio de tres días el actor estará aislado “encerrado para una purificación porque es él quien debe responder por lo que hizo y estaría a cargo de los consejeros mayores, que son los ancianos de la comunidad, quienes deben fijar cuál es el suplicio a implementar y qué condiciones acarrearía el hecho de que se llegue a fugar...”. Preciso que el objetivo es que el actor realice actividades de interés de él. En el caso de los hombres Wayú, ellos se dedican a actividades de pesca, cosecha y agricultura, mientras las mujeres habitualmente hacen chinchorros y artesanías. El palabrero considera que el condenado puede ser un excelente docente y enseñar sobre el mundo occidental, esperando que su experiencia dé ejemplo a los menores de la comunidad.

En sus observaciones y conclusiones, el informe precisó:

“La identidad cultural de Eder Bernardo Van Grieken, con el grupo étnico del cual procede, se halla un tanto desdibujada, dado que hace más de diez años no vivía con su comunidad, y como el mismo expone, previo a perder la libertad vivía en un contexto citadino, no conservaba sus costumbres indígenas, pero tampoco puede decirse que se ha dado en él un proceso de pérdida definitiva de su identidad cultural, ya que tiene apropiación de la lengua materna, el Wayúnaiki, que es entre los Wayú uno de los principales pilares de identidad sociocultural, identifica el sentido de pertenencia y arraigo al territorio ancestral; es miembro de su comunidad, es reconocido por el clan de su madre y de su padre; aunque él, a diferencia de otros miembros de la comunidad Wayú, no está acostumbrado a las actividades que hacen los miembros de su comunidad indígena en la ranchería...”.

8.2.1.2. Auto No. 1635 de 27 de junio de 2019.

En la providencia atacada, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín niega la solicitud de traslado formulada por el apoderado judicial de Eder Bernardo Van Grieken Epiayú, toda vez que, examinado el informe psicosocial de 11 de abril de 2019, se evidencia que el actor se encuentra fuera de su comunidad hace más de 10 años, cinco de los cuales ha estado privado de la libertad, y que inició un proceso de pérdida de identidad cultural al punto que ya no se trata de una persona indígena. La providencia reconoce que el actor aún conserva su idioma materno, el Wayúnaiki, sin embargo, reprocha que no está acostumbrado a realizar actividades tradicionales para los hombres como dedicarse a la agricultura o la pesca.

El juzgador resalta que el condenado es integrante de la comunidad LGBT, y que, en esa medida, chocaría con los valores de la comunidad indígena, puesto que de regresar vería cercenada su libertad e identidad sexual, dado que existe una contradicción entre los valores

indígenas y la preferencia sexual del actor.

La providencia reconoce que la jurisprudencia constitucional, puntualmente la Sentencia T-515 de 2016, ha reconocido la hipótesis en la que personas indígenas pueden cumplir una pena impuesta por una autoridad ordinaria, en el territorio de la comunidad. Reitera las reglas jurisprudenciales construidas por la Corte Constitucional, pero argumenta que en el caso del señor Van Grieken Epiayú las mismas no resultan aplicables porque: (i) abandonó su comunidad desde el año 2002; (ii) es miembro de la comunidad LGBT, y (iii) no está acostumbrado a realizar actividades tradicionales como pesca y agricultura.

La providencia concluye:

“Acorde con el informe de asistencia social, no queda duda alguna en el sentido que (sic) EDER BERNARDO VAN, tras años de estada en nuestra ciudad, dejó de lado los valores y costumbres propios del Resguardo Indígena del que otrora hizo parte y fue tal su culturización en nuestro entorno, que, además de compartir techo con la víctima del horrendo homicidio imputado y otras personas, se hizo miembro de la comunidad LGBT, de la que es uno de los líderes en la reclusión...”³²

Posteriormente afirma:

“Empero, debe agregarse, con énfasis, EDER BERNARDO cometió delitos de homicidio y hurto calificado y agravado despues de transcurridos más de 10 años de su estada en la ciudad, esto es, cuando ya hacia parte de esta, nuestra cultura antioqueña, en la que había adquirido ‘mucho mundo’”³³

En el mismo sentido, recuerda al actor y a su apoderado que el INPEC cuenta con Establecimientos de Reclusión Especiales (ERE), en los cuales la población indígena puede cumplir su pena, en aplicación de criterios de atención diferencial, motivo por el cual puede pedir el traslado para dichos establecimientos.

Tras ejercer el recurso de apelación, la providencia fue confirmada el 12 de septiembre de 2019 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con argumentos concurrentes a los del juez de primera instancia. Argumentó que, en el caso de Eder Bernardo Van Grieke Epiayú, la pérdida de la identidad cultural obedece a su decisión de dejar la comunidad desde el año 2002, y no como consecuencia de su permanencia en el establecimiento carcelario y penitenciario en el que se encuentra privado de la libertad.

Visto este escenario, la Sala Novena de la Corte Constitucional debe determinar si las autoridades judiciales incurrieron en un defecto fáctico por inadecuada interpretación del informe psicosocial de 11 de abril de 2019, pues a criterio del accionante la pieza procesal debía llevar a la conclusión de que Eder Bernardo Van Grieken es un indígena con conciencia de pertenencia a su comunidad indígena. En lugar de eso, las autoridades judiciales llegaron a la conclusión de que el proceso de desarraigo y aculturación era tan avanzado que ya no se trata de un miembro de una comunidad indígena.

8.2.1.3. El Auto de 27 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, confirmado en decisión de 12 de septiembre de 2019 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, incurrió en defecto fáctico por indebida valoración del informe psicosocial de 11 de abril de 2019.

A criterio de la Sala asiste la razón a los accionantes, toda vez que la providencia atacada incurre en yerros argumentativos graves y ostensibles que afectan su validez. El informe psicosocial es consistente en indicar que el actor es miembro de la comunidad indígena, se

reconoce Wayú y conserva la lengua materna. En ningún momento el informe indica que el proceso de aculturación llevó al actor a reconocerse miembro de la comunidad LGBTI, o que el hecho de reconocerse homosexual lo hace menos indígena. Tampoco indica que sean imágenes o reconocimientos opuestos.

Este argumento desatiende partes centrales del informe psico social, en los cuales la profesional del centro de servicio de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad indicó que es la propia comunidad quien reclama que el actor cumpla su pena en el resguardo. Es decir, las autoridades tradicionales no reprochan al actor sus preferencias, orientación o identidad sexual. Además, el informe es claro en señalar que las instituciones indígenas reconocen a Eder Bernardo Van Grieken Epiayú como miembro de la comunidad, incluso, teniendo plena conciencia de su preferencia sexual.

De manera prejuiciosa y cayendo en estereotipos racistas podría llegar a pensarse que es totalmente incompatible la construcción de género del actor y los usos y costumbres de la comunidad. Sin embargo, el informe es claro cuando se señala que si se da el regreso de Eder Bernardo, ello sería en estricto cumplimiento de la constitución y las leyes, y puntualmente los derechos humanos del actor.

En el mismo sentido, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad especuló sobre el hecho que el actor no llegaría a habituarse al estilo de vida de los hombres de la comunidad, pues según el informe, los hombres Wayú se dedican a la agricultura y la pesca. Este razonamiento, además de que es una conjetura sobre el futuro del actor y su armonización con la comunidad, desatiende contenidos claros del informe, según el cual las autoridades Wayú ya acordaron que, si se produce el traslado del actor, él tendría a su cargo actividades dirigidas a potenciar la etno educación de la comunidad difundiendo y enseñando aspectos de la cultura occidental.

Dentro del informe psicosocial, el comentario sobre las actividades tradicionales de los hombres Wayú, referida a que se dedican a la pesca y agricultura, es un aspecto secundario, y en ningún lugar se indica que esas vayan a ser las tareas del actor. Por el contrario, el informe es consistente en explicar que las autoridades indígenas son conscientes de que Eder Bernardo debe desarrollar actividades dirigidas a su motivación y estímulo con el fin de lograr una adecuada reincorporación a su comunidad.

Un yerro argumentativo protuberante del auto consiste en indicar que, conforme el informe psico social, el actor ya no es miembro de la comunidad indígena, sino que se integró a la cultura de la ciudad de Medellín. Sin embargo, de manera contradictoria, la providencia recomienda al actor y su apoderado que soliciten el traslado del centro penitenciario en el que se encuentra privado de la libertad, a un Establecimiento de Reclusión Especial (ERE) donde sí atienden a miembros de comunidades indígenas. El razonamiento del juzgado, confirmado por el tribunal superior, evidencia que la convicción de las autoridades judiciales es que el actor sí es miembro de una comunidad indígena, sino no tendría sentido que lo alienten a pedir traslado a un centro de reclusión especial.

Examinado el informe psico social, la Sala Novena concluye que el mismo es claro y transparente en explicar que el actor se reconoce miembro de una comunidad indígena, y las autoridades de su comunidad así lo reconocen. Indudablemente existe un proceso de distanciamiento en virtud de la salida del actor de su territorio desde el año 2002, sin embargo, ello no implica la pérdida de la identidad indígena.

A criterio de esta Corporación, las autoridades accionadas proyectaron prejuicios y estereotipos culturales sobre lo que debe ser un hombre indígena Wayú y sobre lo que implica ser una persona occidental. Como cualquier prejuicio, las autoridades judiciales incurrieron en una anticipación a la experiencia, y en esa medida se trata de una

comprensión errada sobre la realidad, motivo por el cual, para esta Sala, no resiste análisis afirmar que el accionante, por el solo hecho de ser una persona de la comunidad LGBTI, deja de ser indígena Wayú o pierde la posibilidad de armonizar su existencia individual con la de la comunidad indígena en la cual creció. El juzgado y el Tribunal incurren en un error al comprender que existe una única manera de ser un hombre Wayú, y que la misma se relaciona con ser heterosexual y desempeñar trabajos del campo, la agricultura y la pesca. En el mismo sentido, incurren en un yerro al concluir que el actor culminó un proceso de aculturación y disolución de la diferencia étnica solo porque, a ojos de las autoridades accionadas, el tutelante se comporta como un hombre antioqueño.

Como lo indicó la Corte en las Sentencias T-792 de 2012, T-294 de 2014 y SU-217 de 2017, la reetnificación y auto reconocimiento son procesos históricos en permanente construcción que parten de la premisa según la cual la identidad se encuentra condicionada por el pasado de cada pueblo y persona, pero abierto, inacabado y siempre en ajuste y negociación. Ello, pues la identidad depende de la decisión y la voluntad de cada persona y comunidad, pero también, en segundo plano, del reconocimiento de otros. Así, el Convenio 169 de OIT y la jurisprudencia de la Corte privilegian el elemento subjetivo relacionado con la auto identificación como indígena, negro, palenquero, Rom, etc.

A esta altura corresponde a la Sala Novena de Revisión profundizar en un análisis interseccional para evaluar el contenido de la argumentación de las providencias cuestionadas. En efecto, el caso se relaciona con la protección del derecho a la diversidad cultural de una persona privada de la libertad. Sin embargo, también abarca una dimensión constitucionalmente relevante sobre la aplicación de criterios racistas en relación con las preferencias sexuales del actor indígena. El argumento de las autoridades accionadas que niega la pertenencia étnica del accionante a su comunidad se funda en una mirada homofóbica sobre la homosexualidad. Se intersectan racismo y homofobia, para negar el derecho a la identidad étnica del tutelante. En esa medida, aplicar este análisis al caso tiene como finalidad evidenciar las formas concretas y únicas que adquiere el defecto fáctico verificado, ello con el fin de que los jueces penales y constitucionales apliquen un enfoque

diferenciado e interseccional en casos como el que se estudia.

En las sentencias T-141 de 201534, SU-659 de 2015 y T-376 de 201935, las Salas de Revisión y la Sala Plena de la Corte han indicado que los jueces constitucionales tienen la obligación de poner de relieve y hacer explícitas las diferentes formas en las que opera una discriminación en una persona. En efecto, la jurisprudencia es consciente que una persona está atravesada por múltiples identidades. Es decir, una mujer puede ser definida por su condición biológica, por su construcción y orientación sexual, por aspectos como su racialidad, o su condición socioeconómica (clase), además de su funcionalidad en una sociedad que privilegia el rendimiento y la eficiencia (capacidad o discapacidad). Por ello, resulta imposible examinar un caso con consecuencias discriminatorias a la luz de un único criterio, y por el contrario, exige que los jueces evalúen las consecuencias de los tratos inconstitucionales, a la luz de los diferentes factores que operan en un solo caso. No se trata de que el juez constitucional verifique y acumule cuántos criterios de discriminación operan en una situación, sino que explicita la forma concreta y única en la que las diversas discriminaciones se intersectan en una persona.

En la SU-659 de 201536 se explicó que: “Para la Corte, esta obligación implica que las autoridades estatales deben evidenciar todos los factores que se combinan como motivo de agresión. El juez debe exponer los diferentes tipos de discriminación, que hacen a cada uno de los casos único y particular. Debe entrecruzar las desigualdades. Dicho de otra forma, las autoridades judiciales están en la obligación de tener en cuenta que, en una misma persona, pueden concurrir diversos motivos o criterios de desigualdad, por ejemplo, de raza, etnia, origen económico o demográfico, edad, sexo o discapacidad. Adicionalmente, en los eventos en que se evidencie la concurrencia de criterios de discriminación, el Juez debe resaltar esa situación en la sentencia. Esto lleva a que la corporación judicial falle conociendo las particularidades, y las intimidades de los hechos.”

La decisión atacada se refiere específicamente a la manera en que la orientación sexual del

accionante influye en la credibilidad de su autorreconocimiento como miembro de una comunidad indígena. Las decisiones asumen que las dos manifestaciones de la personalidad (la preferencia sexual, y la identidad étnica) son excluyentes. Dicho de otro modo, los jueces concluyeron que las personas con orientaciones sexuales diversas no pueden pertenecer a una comunidad indígena y, a su vez, que los miembros de una comunidad indígena no pueden reconocerse como miembros de la comunidad LGBTI. Por esa vía, las decisiones judiciales atacadas definen, partiendo de estereotipos, tanto la identidad individual del accionante —en tanto persona con orientación sexual diversa y miembro de un colectivo étnico— como la identidad colectiva de las comunidades a las que este pertenece.

El defecto fáctico configurado tiene una consecuencia discriminatoria en contra del actor, en su doble condición de hombre indígena homosexual, pues los prejuicios culturales y de género de los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad concurrieron para negar el derecho a la identidad cultural del que es titular.

Por lo anterior, las providencias cuestionadas incurrieron en un defecto fáctico por la incorrecta valoración del informe psicosocial, toda vez que las entidades accionadas partieron de la premisa que la identidad indígena corresponde con un modelo o arquetipo único, exclusivo y excluyente, sobre lo que debe ser un hombre Wayú. Al encontrar que dicho imaginario no se correspondía con el contenido del informe, y los datos que se ofrecían sobre Eder Bernardo, las instancias encargadas de la ejecución de la pena concluyeron que el actor era un occidental. Ello en abierto desconocimiento de que el tutelante y las autoridades indígenas se reconocen como étnicamente diferenciadas, y solicitan que el actor cumpla la sanción en territorio indígena, además de que las autoridades comprometan su palabra en la correcta ejecución de la sentencia penal.

A juicio de esta corporación, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad incurrió en un defecto fáctico, al dar un alcance que no tenía al informe psicosocial de 11 de abril de 2019, cercenando partes que indican la pertenencia a la comunidad

indígena del actor, y maximizando aspectos secundarios del informe, conforme al cual se produjo un proceso irreversible de aculturización y pérdida de identidad.

Para la Corte, en un primer nivel de examen judicial, el razonamiento que debía explicar el juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad se debía limitar a examinar si la petición de traslado satisfacía las exigencias jurisprudenciales contenidas en las sentencias T-921 de 2013 y T-515 de 2016.

Verificado lo anterior, sin embargo, el juez debía examinar las opciones judiciales para armonizar³⁷ las reglas jurisprudenciales a las particularidades del pueblo Wayú. Como se indicó al momento de fijar los problemas jurídicos y al inicio del acápite de caso concreto, la Sala de Revisión considera que el precedente en vigor resulta relevante para resolver la situación puesta a consideración de la corporación, sin embargo, exige un nivel de articulación y adecuación a un pueblo cuya estructura social presenta particularidades.

Las reglas jurisprudenciales explicadas deben leerse y aplicarse siempre dentro de una perspectiva intercultural en la que el juez estatal respeta y ve de manera horizontal y simétrica a las autoridades judiciales indígenas, y siempre con el objetivo de maximizar en la mayor medida posible el principio del respeto al pluralismo étnico, siempre teniendo en cuenta la estructura social y el derecho de origen de cada pueblo. Por ello, debe partirse de la premisa conforme a la cual las reglas jurisprudenciales vigentes son compatibles con el respeto al principio del pluralismo étnico de comunidades sedentarias y con una alta centralización, al punto que cuentan con una máxima instancia de auto gobierno. Sin embargo, como se verá, el pueblo Wayú no tiene una única autoridad central, y su relación con el territorio implica dispersión y movilidad, así que el principio de pluralismo étnico debe aplicarse también al momento de aterrizar las reglas a un caso como el que cita a la Sala.

Además, debe tenerse presente que esta situación reviste especial importancia, pues resulta legítimo que las autoridades públicas se interroguen si es posible que un pueblo indígena nómada garantice el cumplimiento de una sentencia penal a una pena privativa de la libertad de 492 meses de prisión. Esta posición, si bien resulta plausible y legítima, podría verse como una forma de eludir la pena impuesta por el juez ordinario. Y si bien ello es razonable, la respuesta estatal no puede ser rechazar de plano la petición de traslado, pues el pueblo indígena Wayú es titular del derecho a solicitar dicho traslado, incluso a pensar de que su derecho tradicional no establezca el castigo intramural. Así, para la Corte el pluralismo abarca reconocer esas formas in genere que tiene el sistema Wayú para sancionar o impedir la comisión de conductas contrarias a su derecho. En ese contexto, la propuesta contenida en el informe psico social, conforme a la cual la pena que cumpliría el actor se concentraría en una actividad espiritual de tres días dirigida por las autoridades tradicionales, y luego desempeñaría el papel de etno educador de su comunidad, podría ser visto como un medio para defraudar la ejecución de la sentencia penal condenatoria. El Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad debía concluir que el actor sí es un indígena, pero que el expediente carecía del material probatorio necesario para determinar si el traslado garantizaba la ejecución de la pena. Esa era la vía argumentativa que debía agotar el juez accionado, y no, como en efecto ocurrió, evadir el debate constitucional, simplemente sosteniendo que, debido a que el actor es miembro de la comunidad LGBTI, había concluido su proceso de aculturación, y ahora era una persona occidental.

El precedente jurisprudencial relevante sobre el traslado de miembros de comunidades indígenas condenados penalmente por la justicia ordinaria a sus resguardos recae sobre comunidades sedentarias. Las Sentencias T-921 de 2013 y T-515 de 2016³⁸ se refieren a la comunidad Emberá Chamí, cuya estructura societal ha sido descrita por científicos sociales como comunidades sedentarias y con verticalidades que permiten hablar de máxima autoridad e instituciones culturales complejas. Motivo por el cual es posible que se cumpla con una pena privativa de la libertad en un solo lugar, y a través de instituciones tradicionales compatibles con las penas privativas de la libertad impuestas por jueces ordinarios. Esta situación del pueblo Wayú y su posición diferenciada con los pueblos indígenas andinos³⁹ y en relación con el precedente constitucional vigente exige que la sala de revisión examine las posibilidades de que las reglas jurisprudenciales vigentes se

armonicen y adecúen a las particularidades de esta nación indígena.

Ello en atención a que el pueblo Wayú es un pueblo con características cercanas a ser nómada, algunos grupos de indígenas están establecidos en rancherías sedentarias, pero otros se mueven permanentemente debido a los ciclos climáticos, todo ello dentro de un sistema normativo que presenta sus propias particularidades en relación con la armonización y el diálogo intercultural entre una autoridad judicial ordinaria que impuso una pena privativa de la libertad y las autoridades tradicionales. En la Sentencia T-302 de 2017 se indicó sobre el pueblo Wayú:

“Sus asentamientos se encuentran bastante dispersos unos de otros y cada agrupación está determinada por parientes uterinos. (...) El pueblo Wayúu ha dependido siempre del ciclo ecológico, ante sequías muy largas deben cambiar sus asentamientos, y una vez llegan las lluvias pueden volver a sus actividades de agricultura tradicional.

En el mismo sentido, resulta relevante la Sentencia T-661 de 2015, en la que se explicó que el pueblo Wayú es un pueblo indígena que enfrenta agresiones por parte de los actores armados, y atraviesa por una crisis humanitaria derivada de la ausencia de fuentes de agua adecuada para el consumo humano, la desnutrición de los niños y niñas, un acceso insuficiente a servicios de salud y educación, y la desintegración del tejido social y los territorios, derivada de proyectos de explotación de recursos mineros y energéticos.

Su organización social se caracteriza por la división en grupos familiares o claniles, en el que las obligaciones con la comunidad derivan de un sistema especial de parentesco. Sobre este sistema, destaca que los derechos sobre los territorios ancestrales se transmiten entre los parientes matrilineales, así como la autoridad que se concreta en la figura del tío materno. Sin embargo, las relaciones derivadas del parentesco patrilineal también poseen relevancia en el pueblo Wayú.

Frente a la geografía humana debe indicarse que:

“[E]l Consejo Superior de Palabreros establece algunas diferencias relevantes entre distintos modos en que los wayúu se relacionan con sus tierras. El territorio ancestral corresponde el ámbito cultural en que cada clan desarrolla su plan de vida, donde se encuentran sus ancestros (cementorios tradicionales) y sobre el que ejerce un derecho perpetuo e irrenunciable, cuya sucesión se produce entre parientes por la vía materna. Existen, sin embargo, otras maneras de relacionarse con el territorio, asociadas a su explotación y otras formas de usufructo, susceptibles de disposición comercial.”⁴⁰

Respecto a la forma reglada y predecible en la que solucionan los conflictos, se explicó que, se basa principalmente en la composición entre las familias; “la figura del putchipu’u, un mediador que lleva la palabra entre las partes y que, por regla general, pretende aproximar sus posiciones para evitar la continuación del conflicto, pero sin imponer decisión alguna, posee gran importancia en el sistema normativo wayúu. El pago o compensación es una de las formas más frecuentes de llegar a un acuerdo, pues a través de esta modalidad de arreglo la parte responsable demuestra su interés por preservar la paz entre las familias y grupos claniles. Recientemente, algunas comunidades solicitan el acompañamiento de órganos de la administración local o regional”⁴¹. A partir de la autoridad de los tíos maternos en cada uno de los clanes, se asume la autonomía y se ejerce la autoridad tradicional para la resolución de asuntos interclaniles.

En la misma providencia se precisó que existen cerca de 30 clanes Wayú en la actualidad, cada uno con una adscripción territorial definida y sus propias autoridades tradicionales. Las autoridades son los tíos maternos o Alaúlayuu, que son como jefes de sus núcleos familiares, quienes asumen la representación política de su clan e intervienen en la resolución de conflictos. Además, responden por las obligaciones de manutención y formación en las

familias nucleares. Las mujeres tienen un papel importante en la comunidad pues ejercen la educación tradicional, sustentan el linaje y la territorialidad. Sobre la estructura societal, la providencia que se comenta explicó:

“(...) la autoridad wayúu no es centralizada sino que se difunde en los segmentos clánicos y locales, [se] distinguen en primer lugar a los ‘talaulas’ o jefes tradicionales que reposan en el varón mayor integrante del núcleo uterino de una ranchería grande. Luego, se cuenta con la figura de los ‘palabreros’ o ‘pütchipü’ü”, encargados de negociar los acuerdos entre distintos clanes.”

Se observa entonces que el sistema normativo Wayú posee un alto nivel de riqueza y complejidad, motivo por el cual, desde una perspectiva intercultural y basada en el pluralismo jurídico, debe verse como un sistema normativo igual de eficaz que el sistema jurídico estatal, y resulta necesario tomar conciencia sobre el papel que juegan las autoridades tradicionales para resolver un conflicto como el que convoca hoy a la Corte Constitucional⁴².

La anterior precisión sobre las características culturales del pueblo Wayú lleva a la Corte a reconocer que varias de las reglas jurisprudenciales previstas en la T-921 de 2013 y T-515 de 2016 pueden resultar en un ejercicio de imposición cultural. En efecto, varias de las reglas jurisprudenciales de las explicadas tendrían un efecto excluyente si no se armonizan con la realidad del pueblo Wayú. Por ello, a continuación, se examinará si es posible traducir en términos culturales y jurídicos las reglas judiciales vigentes al caso de del pueblo Wayú y evaluar a la luz de su derecho de origen la petición de la apoderada del actor. Al respecto, se precisarán las tareas que debe iniciar el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Debe tenerse en cuenta que la Sala de Revisión verificó que se había presentado un defecto

fáctico en la providencia cuestionada. De acuerdo con el precedente constitucional vigente, la corporación no debe desplazar al juez ordinario al proferir la providencia de reemplazo, y en esa medida, será el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad accionado quien, con el adecuado material probatorio, del cual carece esta corporación, profiera la providencia que defina la petición del actor. Sin embargo, el presente caso implica un reto grande de diálogo intercultural y aplicación de principio de pluralismo jurídico que obliga a esta Corporación a establecer unos derroteros aplicables a la causa. Se advierte que ese caso no tiene reglas vinculantes estrictas para comunidades seminómadas, como se explicó atrás.

A continuación se explicará la manera en la que deben interpretarse las reglas vigentes a las particularidades del pueblo Wayú. En segundo lugar, se fijan las pautas que deben seguirse para la construcción del diálogo intercultural para que se busque la construcción de las condiciones para el eventual traslado del actor a su resguardo. Como se verá, la autoridad accionada deberá (i) garantizar la participación de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, reparación y garantías de no repetición; (ii) buscar la traducción de la sanción penal impuesta por la justicia ordinaria al sistema normativo indígena; (iii) todo dentro de un proceso de diálogo intercultural horizontal y simétrico entre las autoridades indígenas y judiciales, con el fin de que, entre las dos, construyan las condiciones para el traslado del accionante a su resguardo.

Regla 1, solicitud de traslado formulada por “la máxima autoridad indígena”: en una interpretación literal, que exige la petición de la máxima autoridad puede desconocer la estructura de diversos pueblos y sus sistemas de derecho propio que carezcan de tipo de organización. A criterio de la Sala Novena, el pueblo Wayú no cuenta con una máxima autoridad, entendida como una única instancia que todos los miembros del pueblo reconocen y acatan. En el caso del pueblo Wayú, no existe esa figura centralizadora, sino varias instancias son reconocidas con facultad para representar a la comunidad. En este caso, resulta razonable exigir que la petición sea ratificada o provenga de una autoridad legítima o competente dentro de la comunidad. Ello se presenta como una obligación constitucional

derivada del principio del respeto al pluralismo jurídico cultural previsto en la Carta de 1991, que respeta las diferentes formas de organización y de gobierno que tienen los pueblos ancestrales. Sería un ejercicio poco respetuoso de la diversidad étnica del pueblo Wayú que el juez constitucional aplique irreflexiva y literalmente una regla jurisprudencial construida para el pueblo Emberá Chamí, el cual, por sus características societales, es diferente del primero. Por ello, en esta ocasión, la regla relacionada con que la petición de traslado provenga de la máxima autoridad indígena, y teniendo en cuenta las particularidades del sistema normativo Wayú, se entenderá como que la petición de traslado sea realizada por una autoridad competente.

Regla 2, la comunidad indígena debe contar con instalaciones para garantizar la privación de la libertad, y que se preserve la naturaleza y duración de la pena: Esa norma judicial puede oponerse a la concepción de los remedios que aplica al pueblo Wayú a los conflictos sociales, entre los cuales se evidencia la composición o lo que desde la perspectiva de un occidental puede verse como una transacción. En esa medida, debe indicarse que las sentencias T-921 de 2013 y T-515 de 2016 sugieren que para que el traslado de una persona indígena condenada sea viable, (i) la comunidad debe contar con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad y (ii) ni la naturaleza ni la duración de la pena impuesta pueden verse afectadas por el cumplimiento de la pena en el resguardo.

En este caso concreto, ambos criterios son problemáticos frente a las distintas formas de ver el mundo y el derecho originario que tienen los pueblos indígenas, pues, prima facie, no resulta posible compatibilizar estas exigencias jurisprudenciales con el sistema normativo del pueblo Wayú. Esta situación debe llevar a la Sala de Revisión a constatar que las reglas vigentes pueden tener un efecto excluyente con un pueblo indígena que goza de la misma protección constitucional que, por ejemplo, el pueblo Emberá Chamí. Se trata de buscar salidas a la negación de los sistemas normativos de los pueblos indígenas que implicaría la aplicación de las reglas judiciales mencionadas. El pluralismo jurídico hace forzoso adecuar y traducir esas reglas conforme con el sistema normativo del pueblo Wayú. Esta armonización aparejaría aceptar el modelo jurídico propio de ese grupo étnico diverso y la potestad que

estos confieren a miembros de su comunidad a impartir justicia. En otras palabras, se avala la existencia real y jurídica de la autonomía diferencial del esquema jurídico Wayú frente al sistema de derecho nacional.

Si no se adecúan los criterios judiciales actuales, se corre el riesgo de incurrir en un acto discriminatorio contra el pueblo Wayú. Su aplicación mecánica podría afectar la integridad cultural de los pueblos indígenas. Al respecto, se tiene que (i) la pena de prisión es ajena a muchos sistemas de derecho propio, incluido el del pueblo Wayú; y (ii) no existe una razón válida para concebirla como el único tratamiento (sanción, remedio) válido. En efecto, desde una perspectiva verdaderamente intercultural, en la que los sistemas jurídicos, el Estatal y el Wayú, gozan de la misma respetabilidad y coerción, el juez constitucional debe concluir que, por el solo hecho que el sistema normativo indígena no establezca la pena privativa de la libertad. Ello no significa que esta comunidad no sea titular del derecho a la diversidad e integridad étnica, y en esa medida tenga la legítima aspiración de esperar que uno de sus miembros cumpla una sanción al interior de su comunidad. Para la Sala de Revisión, resulta claro que en una sociedad pluralista, que admite y valora la coexistencia de muchos sistemas jurídicos, las finalidades de la pena no son unívocas y la prisión como forma de castigo tampoco es el único medio para la protección de los derechos de las víctimas.

La anterior situación plantea una tensión constitucional relevante, la cual debe ser objeto de armonización en el caso concreto. Por un lado, debe llevar a que los jueces constitucionales se percaten que el derecho penal estatal que prevé prisión intramural es solo una manera, entre varias, para resolver los conflictos sociales, y en esa medida es plenamente posible que el derecho indígena proponga otras alternativas diferentes a la cárcel. Sin embargo, plantea conflictos cuando de lo que se trata es de armonizar una sentencia proferida por un juez penal ordinario dentro del paradigma del derecho penal contemporáneo, pero debe ser aplicada o ejecutada por una comunidad indígena a la cual, la tesis de la privación de la libertad le resulta extraña e incluso contraproducente, pues prioriza otras formas de solución de los conflictos, tales como la reconstrucción del tejido social o la aplicación de paradigmas que a ojos occidentales responden a lógicas de justicia restaurativa.

En efecto, para la Sala de Revisión la orden que debe proferir el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad implica una tensión constitucional relevante pues exige armonizar el derecho penal occidental, puntualmente la pena de prisión, con el derecho indígena que carece de pena privativa de la libertad, pues, desde una perspectiva intercultural, no es posible afirmar que una alternativa es más justa que otra.

Exigir que el derecho indígena cuente con las mismas instituciones que el derecho penal estatal contraría el carácter intercultural de la Constitución y la jurisprudencia de esta corporación conforme a la cual, “no se puede juzgar el componente institucional con base en estándares del derecho occidental, puesto que ello conllevaría a la imposición de procedimientos, principios y parámetros de justicia que las comunidades no necesariamente acogen.”⁴³

Por lo anterior, a juicio de esta Sala, la subregla no debe exigir el cumplimiento de la pena a través de instituciones de reclusión tomando como referencia los establecimientos carcelarios de la sociedad mayoritaria, en especial, cuando la Corte Constitucional ha admitido que “la pena de prisión puede ser incompatible con los procesos de armonización que utilizan algunas comunidades indígenas”⁴⁴.

Como lo ha indicado esta Corte, el sistema normativo Wayú no tiene instituida la pena de prisión. En la Sentencia T-661 de 2015 se precisó que “[l]a solución de conflictos se basa principalmente en la composición de los conflictos entre las familias; la figura del putchipu’u, un mediador que lleva la palabra entre las partes y que, por regla general, pretende aproximar sus posiciones para evitar la continuación del conflicto, pero sin imponer decisión alguna, posee gran importancia en el sistema normativo wayúu. El pago o compensación es una de las formas más frecuentes de llegar a un acuerdo, pues a través de esta modalidad de arreglo la parte responsable demuestra su interés por preservar la paz entre las familias y

grupos claniles.”⁴⁵

Esta obligación de armonización del precedente vigente, con las particularidades del caso concreto, no escapa a la labor del juez constitucional, toda vez que si se ignora este aspecto del caso y el conflicto constitucional que plantea la construcción de la orden que materialice el defecto fáctico verificado se puede proferir una providencia que nominalmente proteja el derecho invocado, pero en la materialidad tenga efectos contrarios al pluralismo étnico. Sin esa disposición a armonizar las reglas jurisprudenciales vigentes con la estructura e instituciones de la comunidad indígena Wayú las mismas se hacen impracticables. Lo anterior puesto que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el traslado al resguardo tiene como finalidad proteger a la persona indígena del proceso de afectación a su cultura y cosmovisión que ocurre al interior de los establecimientos carcelarios y penitenciarios, y evitar que la comunidad misma pierda a uno de sus miembros. Por ello, la adecuación jurisprudencial que corresponde hacer tiene el alcance de proteger la dimensión individual y colectiva de la integridad cultural.

De hecho, debe recordarse que la jurisprudencia constitucional ha explicado que, la ejecución de una pena no es una finalidad en sí misma, sino que responde a finalidades más altas y humanistas, y en esa medida será exigible su ejecución cuando se materialicen dichos fines. Así:

“(…) en el Estado social de derecho la ejecución de la sanción penal está orientada hacia la prevención especial positiva, esto es, en esta fase se busca ante todo la resocialización del condenado respetando su autonomía y la dignidad humana como pilar fundamental del derecho penal.

(…)

(iii) diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos establecen la función resocializadora del tratamiento penitenciario, de tal forma que la pena de prisión o intramural no puede ser considerada como la única forma de ejecutar la sanción impuesta al condenado.

(...)

A juicio de esta Sala, la regla jurisprudencial conforme a la cual las comunidades indígenas que solicitan el traslado de uno de sus miembros condenados penalmente por la justicia ordinaria, debe compatibilizarse en casos en los que el derecho indígena no prevea la pena de prisión. Por ello esta Sala concluye que la solicitud de cumplimiento de una condena penal de una persona indígena en el resguardo al que pertenece, a través de esquemas distintos a la detención intramural no debe ser rechazada de plano por la autoridad que la conozca simplemente porque dicha comunidad no tenga lugares de reclusión similares a los centros penitenciarios y carcelarios previstos por el Estado colombiano. En esos eventos, la solicitud de traslado debe ser objeto de un ejercicio de armonización sensible a las diferencias culturales, que permita la protección de la integridad y la autonomía de las comunidades indígenas, por un lado, y las finalidades constitucionales de la pena (que no son unívocas y tampoco son exclusivas del derecho mayoritario), así como la satisfacción de los derechos de las víctimas, por el otro, cuando esa tensión exista.

En conclusión, este caso, y puntualmente, después de verificar que, en efecto, sí se produjo el defecto fáctico alegado, esta providencia impone la tarea de fijar reglas jurisprudenciales que permitan armonizar los criterios contenidos en las sentencias T-921 de 2013 y T-515 de 2016, a la estructura societal de los pueblos indígenas que no se corresponde directamente con la de los pueblos tradicionales que dieron origen a los precedentes referenciados,

puntualmente el pueblo Emberá Chamí, y que por sus instituciones sociales no ven como válida la alternativa de la prisión o pena privativa de la libertad.

Esta necesidad de armonización jurisprudencial al caso concreto responde directamente al principio de diversidad étnica y respeto al pluralismo cultural y jurídico que protege la Constitución de 1991. El respeto a la diversidad étnica impone la prohibición a las autoridades estatales de aplicar una regla jurídica homogenizando la diversidad, y sin el adecuado diálogo intercultural.

Así las cosas, a juicio de la Sala el actor sí es un indígena Wayú, pero no existe certeza de que el traslado al resguardo indígena garantice el respeto estricto a la pena privativa de la libertad impuesta en la jurisdicción ordinaria, especialidad penal. Ello, en parte, por la particular estructura societal de la comunidad Wayú. A continuación, se examinarán las posibilidades judiciales para la articulación de las reglas jurisprudenciales vigentes, con los pueblos indígenas nómadas o semi nómadas. Ello con el fin de que, en general, los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad estén en condiciones de armonizar las reglas fijadas en las Sentencia T-921 de 2013 y T-515 de 2016 a comunidades indígenas diferentes a la Emberá Chamí, siempre en condiciones de diálogo intercultural, y con el objetivo de garantizar la correcta ejecución de las sanciones penales.

La Sala considera que esa armonización requiere que los jueces ordinarios establezcan un diálogo intercultural horizontal con las autoridades indígenas, con el fin de que esa adecuación de las reglas judiciales se realizada de manera conjunta y flexible de las condiciones para los traslados de los indígenas condenados por la jurisdicción ordinaria a sus resguardos, teniendo en cuenta las siguientes particularidades del sistema normativo Wayú:

1. En caso de comunidades indígenas sin autoridad máxima, la petición de traslado puede ser

suscrita por una autoridad legítima y con competencia para ello.

2. En el caso de comunidades indígenas cuya estructura societal no prevea la pena de prisión o no tengan lugares de reclusión similares a los que acostumbra la sociedad mayoritaria, ello, per se, no faculta a la autoridad judicial para rechazar de plano la petición. En ese caso debe iniciarse un diálogo intercultural dirigido a que las dos autoridades, indígena y estatal, creen las condiciones para que se busque maximizar el principio de respeto al pluralismo étnico.

La anterior regla se fundamenta en que las comunidades indígenas que de manera legítima no prevén sanciones intramurales, en todo caso tienen derecho a solicitar el traslado a la comunidad indígena, la cual siempre debe ser asumida por la autoridad judicial estatal desde una perspectiva intercultural.

Con el fin de conseguir el anterior objetivo, en primer lugar, en casos como el que se resuelve la primera obligación de las autoridades judiciales ordinarias será respetar las reglas hermenéuticas ya fijadas en otras decisiones como la C-463 de 2014, conforme con la cual las autoridades estatales, incluidas las judiciales deberán guiarse a partir de los siguientes principios: (i) maximización de la autonomía, como enfoque general y regla de cierre en caso de dudas; (ii) mayor autonomía para la decisión de conflictos internos⁴⁷; (iii) el diálogo no se agota en la remisión de información; (iv) la notificación es el inicio de un proceso de comunicación entre autoridades ubicadas en un plano horizontal, y debe considerar la realidad geográfica y la pertinencia cultural; (v) el juez debe evaluar la mejor vía para la comunicación, siendo en principio recomendable el encuentro directo; (vi) la posición de las autoridades indígenas debe tener efectos en la decisión a adoptar; (vii) el debido proceso cobija tanto a la persona condenada, como a las víctimas; (viii) forma de interpretación o traducción en el diálogo.

El juez, en el marco de un diálogo intercultural, deberá indagar sobre las medidas que la

comunidad puede asumir para el cumplimiento de la pena impuesta, garantizando la participación de las víctimas para proteger sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y la garantía de no repetición en la decisión que se tome. Esa adecuación debe respetar el sistema normativo de los pueblos originarios y revisar las formas en que, observando la sanción, también se aseguren los derechos mencionados, como formas ancestrales de relatos de sucesos o de compensación⁴⁸.

Si la privación de la libertad es una medida no disponible o incompatible con el sistema de sanciones y resolución de conflictos de la comunidad, el juez deberá favorecer la autonomía de la comunidad en la ejecución de la sanción penal, a menos que se justifique adecuadamente que la reclusión del individuo en pabellones especiales por fuera de su comunidad es la medida menos gravosa posible para (i) proteger los derechos fundamentales de la persona condenada; (ii) garantizar la concertación con el sistema normativo de la comunidad; (iii) satisfacer los derechos de las víctimas según su participación en el proceso de diálogo; y (iv) lograr las diversas finalidades que la pena persigue en un sistema jurídico pluralista, fundado en el postulado de la dignidad humana, en la diversidad y en la igualdad entre culturas (artículos 1, 7 y 70 CP). Cuando el injusto penal involucre únicamente a miembros de la comunidad, su autonomía en la ejecución de la sanción deberá ser aún mayor.

Estas premisas procedimentales tendrán como objetivo establecer las condiciones para un adecuado diálogo horizontal y simétrico con las autoridades indígenas que reclaman el traslado de uno de sus miembros, de un centro penitenciario o carcelario a un resguardo indígena. Ese diálogo intercultural deberá tener como objetivo que las autoridades judiciales ordinarias y las autoridades indígenas construyan, entre las dos, las condiciones que permitan el traslado del miembro indígena al resguardo.

No puede perderse de vista que la ejecución de la pena del miembro de una comunidad indígena en el resguardo al que pertenece no debe ser exactamente igual a la ejecución que

tendría lugar en un centro de reclusión ordinario, pues de ser así no habría ningún tipo de reconocimiento a la diversidad cultural que pregonan la Constitución. Por el contrario, el hecho de que el miembro de una comunidad indígena condenado a privación de la libertad pueda cumplir su condena en su resguardo obedece precisamente a que allí podrá cumplir la pena en un entorno acorde con su identidad cultural, y de acuerdo con la cosmovisión, tradiciones y prácticas de su comunidad, lo cual sería difícil de lograr en un establecimiento carcelario ordinario.

Al respecto, la Corte ha indicado que “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.”⁴⁹

Sin embargo, aunque la finalidad de la pena en la comunidad difiera del sistema ordinario de justicia, y ella deba ejecutarse en armonía con la cosmovisión de la comunidad a la que pertenece el individuo condenado, el precedente vigente exige que la naturaleza misma de la pena permanezca inalterada. Se trata de armonizar los sistemas jurídicos en aspectos o elementos mínimos.

Por ello, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que resuelva peticiones como la que aquí se estudia, deberá establecer el diálogo intercultural con el fin de que, entre dos autoridades en pie de igualdad, y fundadas en un trato horizontal, se construyan las condiciones para que pueda ejecutar una pena privativa de la libertad en un resguardo indígena de una comunidad bajamente centralizada. Siempre teniendo en cuenta que no resulta esencial que la comunidad indígena cuente con instituciones para la ejecución de una pena de prisión, pues como se indicó: (i) ella en sí misma no es una finalidad constitucional;

(ii) resulta legítimo que el derecho indígena cuente con formas no punitivas para resolver sus conflictos sociales, y en esa medida prescinda de la alternativa de la prisión y (iii) resulta posible construir eventos en los que, con el adecuado respeto por los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, se traduzca la ejecución de una sanción privativa de la libertad determinada por un juez ordinario, para que su ejecución se produzca en una comunidad indígena que no cuente con pena de prisión.

Sobre este aspecto resulta fundamental indicar que el diálogo intercultural exige que se produzca una traducción⁵⁰ o adaptación cultural de instituciones judiciales y legales occidentales a prácticas culturales no occidentales, igual de coercitivas, pero sin la apariencia de derecho occidental. La Sala desea ser clara: el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad debe evaluar si existen condiciones para que el pueblo indígena de la referencia cumpla con la ejecución de una pena de prisión bajo su sistema normativo. Esa hipótesis resulta relativamente más sencilla, cuando no existe tanta distancia entre el derecho indígena y el derecho estatal, por ejemplo, cuando la comunidad indígena también cuenta entre sus comunidades con penas privativas de la libertad, como el caso de las comunidades andinas, puntualmente el pueblo Emberá Chamí. En ese evento, sigue siendo igual de evidente y necesario el diálogo intercultural, pero debido a que no se presenta esta distancia, resulta más próxima la traducción.

En los casos, como el que convoca a la Sala, es necesario que el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, con la adecuada participación de las víctimas dentro del proceso de determinación del traslado, examine si es posible traducir y adaptar la pena de prisión privativa de la libertad de cerca de 500 meses a una sanción proporcional dentro del derecho Wayú. Como ya se dejó claro, el hecho que la comunidad Wayú carezca de pena privativa de la libertad no tiene como consecuencia que, automáticamente, deba rechazarse de plano la petición de traslado. Por el contrario, debe examinarse si es posible traducir la sanción de la justicia penal ordinaria a una sanción proporcional dentro del derecho Wayú.

El juez ordinario debe examinar y valorar si resulta proporcionado que una pena privativa de la libertad de cerca de 500 meses proferida por un juez ordinario sea traducida y adaptada a la propuesta de la comunidad indígena Wayú de tres días de trabajo espiritual y labores de etno educador. Si a criterio del juez de ejecución de penas y medidas de seguridad ello no resulta proporcionado, debe examinarse si las autoridades de la comunidad Wayú pueden ofrecer una sanción dirigida a construir una traducción entre dos sanciones que se ajuste al criterio de proporcionalidad.

El juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, antes de proferir la providencia que resuelva la petición del actor y su apoderada, deberá; (i) garantizar la participación de las víctimas del injusto penal; y (ii) interrogar a la comunidad si, en su criterio, existe una sanción dentro del sistema normativo Wayú que sea proporcional a la pena privativa de la libertad ya impuesta.

El inicio de este diálogo intercultural se realizará a través de una providencia en la que los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad se comunicarán con una autoridad indígena que constitucionalmente administra justicia, en un tono adecuado y horizontal; e iniciarán un diálogo que buscará que se creen las condiciones para que se maximice la identidad cultural de la persona condenada y de la comunidad indígena. Por ello, la comunidad indígena, a través de sus autoridades tradicionales contestará la comunicación de la autoridad judicial ordinaria, ofreciendo condiciones para el diálogo y en ultimas, la realización del traslado.

Una vez se establezca el diálogo intercultural entre las dos autoridades, la indígena y la ordinaria, y el mismo tenga como objetivo la construcción de las condiciones para el traslado de una persona indígena a su resguardo, a través de un proceso probatorio expedito pero profundo, en el que tendrán especial importancia conceptos de etnólogos o antropólogos, las dos autoridades, indígena y estatal, deberán evidenciar que es posible que la sentencia penal si sea adecuadamente ejecutada.

Se deberán verificar los ajustes que están dispuestas a hacer las comunidades indígenas para asumir la ejecución de una sentencia penal privativa de la libertad. En esa medida, las dos autoridades judiciales, la indígena y la estatal, deberán tener certeza de que se comparten de modo general y sin dogmatismos especializados, y en esa medida excluyentes, los principios fundamentales del derecho penal dirigidos al respeto del principio de legalidad de la pena y la ejecución de la sanción.

Lo anterior exige un aporte sustancial de las autoridades indígenas con el fin de evidenciar las condiciones de ejecución de la sentencia penal, y cómo ella es armónica con la estructura social de un pueblo, pero además exige una fuerte flexibilidad de las autoridades judiciales, pues la finalidad de este procedimiento será la maximización de la diversidad étnica y el respeto al derecho propio y tradicional de los pueblos.

El trámite probatorio deberá ser expedito, pero con la adecuada profundidad. En esa medida, no podrá extenderse en el tiempo, sino que por el contrario deberá ser resuelto con celeridad y diligencia por las dos autoridades; la indígena y la estatal. Las dos autoridades tendrán la iniciativa de aportar información relevante, especialmente aquella que construya las condiciones para el traslado.

Una vez se cuente con material probatorio relevante producido entre las dos autoridades judiciales, con el objetivo de crear condiciones para que se produzca el traslado, y con la flexibilidad que exige este tipo de peticiones, la autoridad judicial deberá adoptar la providencia dirigida a autorizar el traslado. Si no se logran construir las condiciones para garantizar que la comunidad tradicional reciba al indígena penalmente condenado, se proferirá un auto en el que el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad explique de manera detallada los motivos por los cuales se considera que no es posible traducir y armonizar el cumplimiento de la sentencia penal y el traslado. La providencia será objeto de los recursos previstos en las normas penitenciarias.

En caso de que se acceda al traslado, en virtud de la creación conjunta de las condiciones para el mismo, se deberán aplicar las reglas contenidas en las sentencias T-921 de 2013, y T-515 de 2016, dirigidas a que el INPEC garantice la vigilancia de la ejecución de la pena en los términos en que esta fue objeto de traducción y adaptación cultural. En caso de que no sea posible construir las condiciones para el traslado al resguardo indígena, de manera excepcional, se debe aplicar lo previsto en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, conforme al cual la reclusión de los miembros de las comunidades indígenas debe darse en establecimientos o pabellones especiales, garantizando el enfoque étnico-diferencial.

En el caso de Eder Bernardo Van Grieken Epiayú, la Sala Novena de Revisión carece de los elementos de juicio necesarios para determinar si es posible compatibilizar la ejecución de la sentencia penal, motivo por el cual el remedio judicial irá encaminado a dejar sin efectos las providencias atacadas, y ordenar que, en el término de 5 días desde la notificación de esta providencia, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Medellín, siempre partiendo de la certeza de que el actor es un indígena del pueblo Wayú, en desarrollo de un diálogo intercultural, establezca comunicación con las autoridades tradicionales y busquen crear las condiciones para que se pueda armonizar la ejecución de la pena privativa de la libertad y la estructura societal de la comunidad tradicional.

En ese proceso de diálogo intercultural, las autoridades deberán actuar de buena fe, dentro del principio de cooperación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, y con la vocación de crear las condiciones para maximizar el principio de la identidad cultural del pueblo y el actor, y con la flexibilidad para construir, entre las dos autoridades, las condiciones para el traslado.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido la importancia fundamental de que, las relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena se desarrollen

dentro de los principios de coordinación y colaboración armónica entre autoridades judiciales, siempre dentro de un diálogo intercultural expedito pero profundo, con adecuado material probatorio, el cual deberá concluir en una providencia que detalladamente explique los motivos para aceptar o rechazar la petición de traslado. El trámite probatorio deberá concluir en un plazo máximo de 3 meses después de la notificación de esta providencia.

9. Síntesis.

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional resuelve la acción de tutela formulada, a través de apoderada, por Eder Bernardo Van Grieken Epiayú contra el auto de 27 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, confirmado en providencia de 12 de septiembre por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín. En esas providencias las autoridades judiciales negaron el traslado del tutelante de un establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC a su resguardo indígena.

El actor es un indígena del pueblo Wayú reconocido por sus autoridades tradicionales. En el año 2016, el peticionario fue condenado a la pena privativa de la libertad de 492 meses de prisión por el delito de homicidio agravado. En la actualidad, el petente se encuentra privado de la libertad en el establecimiento penitenciario y carcelario “El Pedregal”, ubicado en la ciudad de Medellín. La verificación del cumplimiento de la sanción correspondió al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad de Medellín. El 31 de enero de 2019, el tutelante se dirigió a dicha autoridad judicial con el fin de solicitar su traslado al resguardo indígena Wayú al que pertenece. Para sustentar esa postulación solicitó la aplicación del precedente constitucional reiterado conforme al cual los miembros de las comunidades indígenas tienen derecho a cumplir la pena de privación de la libertad en sus territorios cuando se satisfagan varias condiciones.

En auto de 27 de junio de 2019, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín negó la petición de traslado, en atención a que, con base en un informe psicosocial aplicado al accionante, llegó a la conclusión que el mismo abandonó su comunidad hace casi 10 años, motivo por el cual, el proceso de aculturación se encuentra muy avanzado, al punto que ha perdido sus usos y costumbres. Argumentó que el mejor indicador de lo anterior es que el actor es un líder de la comunidad LGBT del establecimiento penitenciario y carcelario del Pedregal. La providencia fue confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín.

En el presente trámite de tutela, el actor argumentó que existe un precedente reiterado y pacífico que indica que los miembros de las comunidades indígenas que fueron condenados por jueces penales ordinarios tienen derecho a cumplir la sanción privativa de la libertad en los territorios de las comunidades indígenas, cuando se satisfagan unos requisitos jurisprudenciales. El actor afirmó que cumple cada uno de ellos, motivo por el cual las providencias que negaron su petición de traslado incurren en una violación al debido proceso, a la dignidad humana, a la igualdad y a la diversidad étnica. En esa medida, acudió al juez de tutela, con el fin de solicitar la protección de sus garantías constitucionales, y dejar sin efecto las providencias de los jueces de ejecución de penas.

Las autoridades accionadas argumentaron que no incurrieron en vulneración a los derechos del actor, toda vez que las decisiones cuestionadas se fundamentaron en argumentos válidos que atienden a la evidencia probatoria del expediente. De ahí que, el actor, si bien de nacimiento es indígena Wayú, en la actualidad ya se comporta como un occidental, y, en esa medida, no resulta procedente su traslado.

En ese contexto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional debe resolver dos problemas jurídicos. En primer lugar, debe determinar si las providencias atacadas vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, dignidad humana, igualdad e identidad cultural del actor, al negarle la posibilidad de cumplir la pena impuesta por la

jurisdicción ordinaria en su resguardo indígena, bajo el argumento que, de acuerdo con un informe psicosocial de 11 de abril de 2019, practicado al actor, este ya no conserva sus usos y costumbres, debido a que salió de su comunidad indígena hace cerca de 10 años, lo cual, incluso, lo ha llevado a convertirse en un líder de la comunidad LGBT del establecimiento penitenciario y carcelario donde se encuentra privado de la libertad.

En segundo lugar, posterior a ello, en caso de encontrar que se presentó una vulneración a los derechos fundamentales del actor, la Sala de Revisión deberá examinar si es posible compatibilizar las reglas jurisprudenciales vigentes sobre traslado de miembros de comunidades indígenas a sus resguardos, con las particularidades del pueblo Wayú, pues, como se mostrará más adelante, el pueblo que reclama el traslado de su integrante es una comunidad con baja centralización y no cuenta con una máxima autoridad tradicional.

Con el fin de resolver los problemas jurídicos se reitera el precedente sobre la procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales; el defecto fáctico en casos de dudas sobre la condición de una persona indígena; la protección constitucional a la diversidad étnica de las comunidades indígenas; procesos de re etnificación indígena; y posibilidad de que una persona indígena cumpla en el resguardo la pena privativa de la libertad impuesta por la jurisdicción ordinaria.

En cuanto a la procedibilidad formal, se examinan los requisitos fijados para los casos de tutelas contra providencias judiciales, y se concluye que se satisfacen todos, en cuanto es un asunto de relevancia constitucional, se cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, el actor señaló el yerro de manera adecuada y precisa, es un error que afecta la validez de la decisión, y no se trata de una acción de tutela contra providencia de tutela.

Con base en el precedente constitucional contenido en las sentencias T-921 de 2013, T-642 de 2014, T-975 de 2014 y T-515 de 2016 se fijaron las siguientes reglas jurisprudenciales: (i)

en casos de comunidades indígenas o miembros de comunidades indígenas que cuestionan providencias judiciales proferidas por las autoridades estatales por incurrir en supuestos defectos fácticos, las Salas de Revisión han indicado que no existen tarifas probatorias para evidenciar la condición de miembro de una parcialidad, pues ello implicaría una intromisión desproporcionada de autoridades judiciales o administrativas en asuntos de la comunidad; (ii) los documentos bajo las autoridades indígenas son medios de conocimiento relevantes, pertinentes y suficientes para clarificar la condición de indígena de una persona; (iii) en los casos donde se discuten los elementos que permiten la configuración de la jurisdicción indígena, el defecto fáctico se configura en los eventos en los que, bajo argumentos o documentos estatales, se ignoran o no se les da el alcance suficiente a documentos y evidencias de las autoridades indígenas que permiten activar el fuero; (iv) la identidad indígena no es una definición ontológica que debe responder a los criterios de las autoridades estatales, por lo que, al momento de identificar a una persona como miembro de una parcialidad, deben preferirse las determinaciones de las propias autoridades tradicionales; (v) el Estado tiene la obligación de respetar los procesos de auto reconocimiento, reetnificación y fortalecimiento cultural de las prácticas, usos y costumbres de las autoridades indígenas y de los individuos que la integran. Cualquier intromisión injustificada o caprichosa afecta el proceso de construcción de las prácticas indígenas. De hecho, se incurre en una vulneración a la diversidad cultural y un irrespeto al carácter pluri-étnico y multicultural de la Nación, cuando las autoridades estatales proyectan sus propias convicciones y prejuicios sobre lo que debe comprenderse como pueblo o individuo étnicamente diferenciado, y exigen pruebas o documentos dirigidos a satisfacer sus propios prejuicios sobre la diferencia. Por el contrario, en los términos del convenio 169 de la OIT, las entidades estatales deben privilegiar el elemento subjetivo y de auto afirmación.

Así mismo, (vi) en el caso de indígenas condenados por sentencias penales ordinarias a penas privativas de la libertad, resulta procedente el traslado de un establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC a su resguardo indígena en las siguientes hipótesis: (vi.i) la máxima autoridad indígena así lo solicite; (vi.ii) la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad; y (vi.iii) en todo caso, el INPEC deberá cumplir sus funciones constitucionales y legales, y periódicamente realizar visitas con el fin de que se cumplan condiciones de

privación de la libertad. Todo siempre (vi.iv) dentro de una perspectiva intercultural donde se garantice el permanente dialogo y coordinación simétrico entre las autoridades indígenas y las instituciones estatales.

En el caso concreto, la Sala Novena concluye que el Auto de 27 de junio de 2019, proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, confirmado en decisión de 12 de septiembre de 2019 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín, incurrieron en defectos fáctico por indebida valoración del informe psicosocial de 11 de abril de 2019.

La providencia atacada incurrió en yerros argumentativos graves y ostensibles que afectan su validez. El informe psicosocial es consistente en indicar que el actor es miembro de la comunidad indígena, se reconoce Wayú y conserva la lengua materna. En ningún momento el informe indicó que el proceso de aculturación llevó al actor a reconocerse miembro de la comunidad LGBTI, o que, el hecho de reconocerse homosexual lo hace menos indígena. Tampoco indicó que sean imágenes o reconocimientos opuestos.

Por lo anterior, a juicio de esta corporación, el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad incurrió en un defecto fáctico, pues dio al informe psicosocial de 11 de abril de 2019, un alcance que no tenía, cercenando partes que indican la pertenencia a la comunidad indígena del actor, y maximizando aspectos secundarios del informe, conforme al cual, se produjo un proceso irreversible de aculturización y pérdida de identidad.

Una vez se concluye que se produjo el defecto fáctico, la Sala de Revisión verifica que las reglas jurisprudenciales vigentes sobre traslado de personas indígenas condenadas por la jurisdicción penal se refieren a pueblos con estructuras societales e instituciones

tradicionales centralizadas. Por el contrario, el pueblo del actor, la comunidad Wayú es un pueblo numeroso y bajamente centralizado, motivo por el cual resulta legítima la interrogante sobre si es posible compatibilizar la ejecución de una pena privativa de la libertad de 492 meses con la estructura societal de la comunidad. Además, pues del informe psicosocial de 11 de abril de 2019 se atisbaba que la ejecución de la sanción consistiría en que el actor cumpla el papel de etno educador, lo cual desnaturaliza el sentido de la pena privativa de la libertad, y podría ser visto como un medio para defraudar la sanción.

Por lo anterior, la Sala Novena de Revisión identifica que deben fijarse reglas jurisprudenciales dirigidas a armonizar los criterios fijados en las Sentencias T-921 de 2013, T-515 de 2016 con pueblos indígenas cuya estructura societal es bajamente centralizada y cuyas normas tradicionales producen interrogantes sobre la posibilidad de compatibilizar la ejecución de una pena privativa de la libertad conforme a los principios de legalidad de la sanción. Señalados los criterios jurisprudenciales que deben atender los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, la Sala de Revisión concluye que, en relación con las reglas vigentes:

1. En caso de comunidades indígenas sin autoridad máxima, la petición de traslado puede ser suscrita por una autoridad legítima y con competencia para ello.
2. En el caso de comunidades indígenas cuya estructura societal no prevea la pena de prisión, o no tengan lugares de reclusión similares a los que acostumbra la sociedad mayoritaria, ello, per se, no facultad a la autoridad judicial para rechazar de plano la petición. En ese caso debe iniciarse un diálogo intercultural dirigido a que las dos autoridades, indígena y estatal, creen las condiciones para que se busque maximizar el principio de respeto al pluralismo étnico.

Por ello, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad que resuelva peticiones como la que aquí se estudia, deberá establecer el diálogo intercultural con el fin de que, entre dos

autoridades en pie de igualdad, y fundadas en un trato horizontal, se construyan las condiciones para que pueda ejecutar una pena privativa de la libertad en un resguardo indígena de una comunidad bajamente centralizada. Siempre teniendo en cuenta que no resulta esencial que la comunidad indígena cuente entre sus instituciones con la pena de prisión, pues como se indicó: (i) ella en sí misma no es una finalidad constitucional; (ii) resulta legítimo que el derecho indígena cuente con formas no punitivas para resolver sus conflictos sociales, y en esa medida prescinda de la alternativa de la prisión y (iii) resulta posible construir eventos en los que, con el adecuado respeto por los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, se traduzca la ejecución de una sanción privativa de la libertad determinada por un juez ordinario, para que su ejecución se produzca en una comunidad indígena que no cuente con pena de prisión.

Por lo anterior, se tutelaré el derecho fundamental del accionante, y en consecuencia, se dejarán sin efecto las providencias atacadas, y se ordenará al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia garantice un proceso de diálogo intercultural con las autoridades indígenas Wayú, y la participación de las víctimas dentro del procedimiento de resolución de la petición de traslado del actor, todo ello con el fin de construir las condiciones para que se logre maximizar el principio de diversidad cultural y se logre armonizar la ejecución de la pena, y la estructura societal de la comunidad indígena. El trámite probatorio que lleve a la construcción de estas condiciones deberá concluir en 3 meses después de la notificación de esta providencia. Sin importar el sentido de la decisión del juez de ejecución de penas debe ser adecuadamente argumentada.

En caso de no ser posible construir las condiciones para el traslado al resguardo indígena, excepcionalmente, se debe aplicar lo previsto en el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, conforme al cual, la reclusión de los miembros de las comunidades indígenas debe darse en pabellones especiales de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del INPEC, garantizando el enfoque étnico-diferencial.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia del 26 de junio de 2020, proferida en primera instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, confirmada en segunda instancia por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 29 de julio de 2020, en cuanto negaron la acción de tutela presentada por Eder Bernardo Van Grieken Epiayú, contra el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de la misma ciudad. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso y a la identidad cultural de Eder Bernardo Van Grieken Epiayú.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS las decisiones proferidas por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín el 27 de junio de 2019, confirmada en todas sus partes por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira el 12 de septiembre de 2019, que negaron el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria a Eder Bernardo Van Grieken Epiayú en su resguardo indígena, en cuanto incurrieron en un defecto fáctico pues desconocieron el contenido del informe psicosocial de 11 de abril de 2019, relativo a la condición de indígena Wayú del actor.

Tercero.- ORDENAR al Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín que en el término de 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie un proceso de diálogo intercultural con las autoridades indígenas Wayú, con el fin de construir las condiciones para que se logre maximizar el principio de diversidad cultural y se logre

armonizar la ejecución de la pena, y la estructura societal de la comunidad indígena. Además se debe garantizar la participación de las víctimas dentro del procedimiento de resolución de la petición de traslado del actor. El trámite probatorio que lleve a la construcción de estas condiciones deberá concluir en 3 meses después de la notificación de esta providencia, la cual debe estar correctamente argumentada, especialmente aquella que niegue el traslado al resguardo indígena.

Cuarto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 2 de la acción de tutela.

2 Folio 4 de la acción de tutela.

3 Folio 3 del Auto de 27 de junio de 2019.

4 Folio 18 de la providencia de segunda instancia.

5 Folio 21 del escrito de tutela.

6 Cfr. SU-116 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas), SU-332 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado), SU-659 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos), SU-915 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub)

7 En la Sentencia SU-116 de 2018 se precisó: “Esta nueva dimensión abandonó la expresión

“vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo”

8 En la misma sentencia SU-116 de 2018 se precisó: “Los segundos -requisitos específicos-, aluden a los yerros judiciales que se advierten en la decisión judicial y tornan inexorable la intervención del juez de tutela”.

9 Cfr. SU-116 de 2018.

10 Cfr. SU-159 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda) T-446 de 2011 y T-456 de 2010, reiterada en la SU-072 de 2018.

12 Cfr. SU-172 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

13 Consultar, entre otras, las sentencias T-117 de 2013, T-271 de 2013, T-620 de 2013 y SU-625 de 2015.

14 Esta circunstancia se presenta cuando el funcionario judicial excluye el decreto y la práctica de pruebas, lo cual impide la debida conducción al proceso de hechos que son indispensables para el análisis y solución del asunto jurídico bajo revisión.

15 Esta situación sobreviene cuando el juez no realiza el análisis y valoración de elementos probatorios que reposan en el proceso, debido a que no los advierte o sencillamente no los tiene en cuenta para efectos de fundamentar su decisión, los cuales, de haberse contemplado, habrían cambiado sustancialmente la solución del asunto jurídico debatido.

16 Se presenta cuando el funcionario judicial, en contra de la evidencia probatoria, decide separarse por completo de los hechos debidamente probados y resolver a su arbitrio el asunto jurídico debatido; o cuando a pesar de existir pruebas ilícitas no se abstiene de excluirlas y con base en ellas fundamenta la decisión respectiva.

17 Consultar, entre otras, las Sentencias T-902 de 2005, T- 458 de 2007 y T-620 de 2013.

18 Sentencia T-282 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

19 Sentencias T-703 de 2008 y T-514 de 2009.

20 Sentencia T-703 de 2008.

21 Sentencia T-514 de 2009.

22 Cfr. T-921 de 2013 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub), T-515 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa)

23 El literal b del artículo 41 del Pacto de San José de Costa Rica establece: La Comisión tiene la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y en el ejercicio de su mandato tiene las siguientes funciones y atribuciones: [...] b). formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos.”

24 El documento relativo a los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de la Libertad en las Américas fue aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º periodo ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008.

25 Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

26 Jimeno, Myriam (2002). Etnicidad, identidad y pueblos indios en Colombia. Ponencia al Simposio Identidad en América Latina. CLACSO/FLACSO de Brasil, Brasilia, Diciembre 7-12, 1.992

27 Indicó la providencia: “El punto de partida sobre esta materia es la preeminencia del propio reconocimiento de la comunidad étnica como factor principal para la adscripción de titularidad de los derechos diferenciados. Como se ha explicado en esta decisión, la eficacia del principio de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural pasa por la imposibilidad que desde la sociedad mayoritaria se decidan unilateralmente, y mucho menos impongan, las características que debe cumplir las comunidades tradicionales para recibir ese estatus. Estas características definitorias corresponden, de manera general, a los

organismos al interior de la misma comunidad diferenciada. En términos simples, pretender que las autoridades del Estado determinen, por sí y ante sí, cuáles son las condiciones que debe cumplir un colectivo para que sea considerado una comunidad tradicional, desconoce el mandato de protección de la diversidad étnica. Al respecto, ha señalado la Corte que “Ninguna autoridad pública, ni siquiera el juez constitucional, puede definir si un sujeto hace parte o no de una minoría étnica, pues son estas comunidades las únicas que pueden fijar tales criterios de pertenencia, en ejercicio de su autonomía. Por eso, en este tipo de debates, no es posible exigir pruebas distintas a la compatibilidad entre los atributos de una persona y los criterios que la comunidad haya establecido en ejercicio de su autogobierno.” Cfr. T- 485 de 2015.

28 Cfr. T-921 de 2013, T-642 de 2014, T-975 de 2014, y T-515 de 2016.

29 M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

30 Concepto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo a los “principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas” y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

31 M.P. Myriam Ávila Roldán.

32 Folio 8 de la providencia atacada.

33 Ibidem.

34 Así lo ha reconocido la Corte: “El concepto de “interseccionalidad” constituye un paradigma de análisis y una herramienta para la justicia racial y de género que propone examinar las situaciones de en las que convergen distintos tipos de discriminación, generando una intersección o superposición de identidades y, con ello, muy diversas maneras de experimentar la vivencia de la discriminación. De acuerdo con este enfoque, que encuentra su origen en el análisis de las formas diferenciadas de discriminación que padecen las mujeres de raza negra, la pertenencia de un sujeto a más de un grupo históricamente marginalizado no ha de entenderse simplemente desde un punto de vista incremental, como una suma que incrementa la carga de desigualdad que pesa sobre una persona, sino como una situación que produce experiencias sustantivamente diferentes ente

los sujetos, las cuales han de ser analizadas desde un punto de vista cualitativo.” (sentencia T-141 de 2015, M.P. María Victoria Calle).

35 M.P. Cristana Pardo Schelesinger.

36 M.P. Alberto Rojas Ríos.

37 Corte Constitucional, Sentencia T-425 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) “El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra. El principio de armonización concreta implica la mutua delimitación de los bienes contrapuestos, mediante la concordancia práctica de las respectivas normas constitucionales, de modo que se asegure su máxima efectividad”.

38 Cfr. Sentencia T-302 de 2017 (M.P. Aquiles Arrieta). En el mismo sentido, T-172 de 2019.

39 Cfr. T-172 de 2019 (M.P. Gloria Stella Ortiz).

40 Corte Constitucional, Sentencia T-661 de 2015 (M.P. María Victoria Calle Correa)

41 Ibid.

42 “El SISTEMA NORMATIVO WAYUU es el conjunto de principios, procedimientos y ritos que regulan o guían la conducta social y espiritual de los miembros de la comunidad Wayuu. Su aplicación social se hace efectiva a través de la institución moral, social y cultural del Pütchipü’üi, quien también se conoce con el nombre de Palabrero. En función de preservar la armonía social y los principios vitales de los individuos, el Pütchipü’üi actúa como agente de control social para la aplicación de justicia, recreando la palabra y el saber ancestral que

integra los fundamentos de vida espiritual, mitológica y social de la nación Wayuu.” PLAN ESPECIAL DE SALVAGUARDA DEL SNW SISTEMA NORMATIVO WAYUU en <http://patrimonio.mincultura.gov.co/SiteAssets/Paginas/PLAN-ESPECIAL-DE-SALVAGUARDA-DE-L-SNW-SISTEMA-NORMATIVO-WAYUU-Aplicado-por-el-P%C3%BCtchip%C3%BC%E2%80%99%C3%BCi/02-El%20sistema%20normativo%20way%C3%BAu%20aplicado%20por%20el%20palabrero%20Putchipu%E2%80%99ui%20-%20PES.pdf>

43 Corte Constitucional, Sentencia T-387 de 2020. M.P. Diana Fajardo Rivera

44 Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014. MP. María Victoria Calle Correa. Recientemente la Sala Plena indicó que: “(...) el Estado Social y Democrático de Derecho fundado en la dignidad humana es el eje definitorio de la Constitución. Con fundamento en este eje definitorio se estableció que el derecho a la resocialización de la persona condenada es el fin primordial de la pena privativa de la libertad intramural. Este fin esencial de la pena de prisión es acorde con el principio de la dignidad humana, pues solo si se reconoce que la persona condenada puede retomar su vida en sociedad, se comprende que es posible la modificación de su conducta y el desarrollo de su autonomía y su libre determinación. Conforme a lo anterior, la pena de prisión perpetua sin posibilidad de revisión puede constituir una pena cruel, inhumana y degradante, prohibida por los instrumentos internacionales, toda vez que se anula la esperanza razonable y efectiva de salir de la prisión y se margina definitivamente al individuo de la sociedad.” Corte Constitucional, Sentencia C-294 de 2021 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger)

45 Corte Constitucional, Sentencia T-661 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa. Desde la doctrina se ha destacado también la relevancia del sistema de compensaciones del pueblo Wayú, el cual trasciende el concepto de reparación económica para plasmar el valor que las partes, es decir, las familias involucradas en un conflicto específico, le dan a la paz social, y a la palabra transmitida por el pütchipü’üi. Este sistema, inmerso en símbolos del pueblo Wayú y el desierto (como la entrega de collares, la entrega de animales caprinos, la reunión en las enramadas del desierto, etc.), refleja también valores como la solidaridad y la importancia del vínculo de concaridad que define el parentesco para el pueblo Wayú.

46 Corte Constitucional, Sentencia C-233 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-463 de 2014.

49 Sentencia T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

50 Traducir es un ejercicio cognitivo en el que, un lector, un traductor, desde un lugar de identidad, asume la tarea de comprender la diferencia, la alteridad, y acercarla la mismidad. Es decir, convertir lo ajeno en propio o a la inversa. Ello demanda un ejercicio de flexibilidad y adecuación en la que, la traducción acomodará la diferencia a las categorías propias. Ese adecuar es un gesto político de acercar la alteridad a la diferencia. Cfr. GADAMER Hans Georg. Verdad y Método I. Editorial Salamanca, 1996. Pág. 335.