

Sentencia T-365/18

ACCION DE TUTELA CONTRA DECISIONES DE AUTORIDADES DE COMUNIDADES INDIGENAS-
Procedencia

AUTONOMIA DE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

Una de las expresiones de la diversidad y el pluralismo protegidos por el Constituyente es la autonomía de la jurisdicción especial indígena, la cual se constituye, de un lado, en la facultad de las autoridades tradicionales de impartir justicia conforme a sus usos y costumbres, y de otro, en el derecho de los integrantes de estas comunidades a ser juzgados según los parámetros de su propia cultura. No obstante, no se trata de una prerrogativa absoluta y, por lo tanto, debe armonizarse según las circunstancias de cada caso con los principios y derechos consagrados en el Texto Superior, respetando los mínimos que hacen viable el diálogo intercultural entre sistemas jurídicos distintos.

JUSTICIA TRANSICIONAL COMO MECANISMO PARA ALCANZAR LA PAZ Y LA RECONCILIACION

PAZ-Derecho, valor y principio

DERECHO A LA PAZ-Fundamento constitucional/PAZ-Derecho, deber y fin constitucional

JUSTICIA TRANSICIONAL-Alcance del concepto/JUSTICIA TRANSICIONAL-Propósitos

LEY DE AMNISTIA, INDULTO Y TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES PARA MIEMBROS DE LAS FARC EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Criterios de valoración

LEY DE AMNISTIA, INDULTO Y TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES PARA MIEMBROS DE LAS FARC EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Formas principales de acceder a las amnistías e indultos

LEY DE AMNISTIA, INDULTO Y TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES PARA MIEMBROS DE

LAS FARC EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Amnistías e indultos “de iure” y “de sala”

LEY DE AMNISTIA, INDULTO Y TRATAMIENTOS PENALES ESPECIALES PARA MIEMBROS DE LAS FARC EN EL MARCO DEL ACUERDO FINAL PARA LA TERMINACION DEL CONFLICTO Y CONSTRUCCION DE UNA PAZ ESTABLE Y DURADERA-Alcance

En virtud del Acuerdo de Paz, el legislador previó unos tratamientos penales especiales para los miembros de las FARC-EP, en el marco de las medidas de justicia transicional que se hallan a la base de la negociación entre el Estado y dicha organización para la superación del conflicto armado. Tales tratamientos especiales pueden operar por ministerio de la ley o por la determinación que sobre cada caso en particular adopte la justicia especial para la paz, teniendo en cuenta variables como las calidades subjetivas de los procesados –en tanto integrantes o colaboradores de las FARC-EP–, la etapa en que se encuentre el proceso penal y la naturaleza de las conductas punibles y su relación con el conflicto.

RESOLUCION DE CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y LA JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ-Marco normativo

ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2015 SOBRE EQUILIBRIO DE PODERES Y REAJUSTE INSTITUCIONAL-Competencia de la Corte constitucional para dirimir conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones

CONFLICTO DE COMPETENCIA ENTRE DISTINTAS JURISDICCIONES-Competencia del Consejo Superior de la Judicatura hasta el día en que cese definitivamente en sus funciones

CONFLICTOS DE COMPETENCIA EN LOS QUE ESTE INVOLUCRADA LA JURISDICCION ESPECIAL PARA LA PAZ-Competencia de la Corte Constitucional

De acuerdo con el marco normativo vigente, los conflictos de jurisdicción en los que esté involucrada la jurisdicción especial para la paz son del conocimiento de la Corte Constitucional, al paso que los demás conflictos que se presenten entre las otras jurisdicciones deben ser dirimidos, por ahora, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hasta el momento en que se integre la Comisión Nacional

de Disciplina Judicial.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE EX MIEMBRO DE LAS FARC-EP-Orden a gobernadores indígenas remitir a la JEP el expediente o actuaciones que tengan a su disposición sobre proceso penal seguido contra accionante por el homicidio de un sabio ancestral

Referencia: Expediente T-6.498.536

Acción de tutela formulada por Jhon Jairo Mayorga Suárez en contra de la Presidencia de la República, los Gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, el Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación, el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, el Alto Comisionado para la Paz, el movimiento político FARC, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca -ACIN-, la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, el Consejo Regional Indígena del Cauca -CRIC-, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Carlos Bernal Pulido 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 presente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos del 25 de mayo y del 19 de octubre de 2017, dictados por el Tribunal Administrativo del Cauca y el Consejo de Estado -Sección Cuarta-, en primera y segunda instancias, respectivamente, dentro de la acción de tutela promovida por el ciudadano Jhon Jairo Mayorga Suárez en contra de la Presidencia de la República, los Gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, el Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación, el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, el Alto Comisionado para la Paz, el movimiento político FARC, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca -ACIN-, la Organización Nacional

Indígena de Colombia –ONIC–, el Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC–, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho.

El proceso de la referencia fue escogido por la Sala de Selección de Tutelas Número Doce, mediante auto del 15 de diciembre de 2017. Como criterios de selección se indicaron los siguientes: asunto novedoso y necesidad de pronunciarse sobre una determinada línea jurisprudencial (criterios objetivos).

I. ANTECEDENTES

El señor Jhon Jairo Mayorga Suárez formuló acción de tutela en contra de la Presidencia de la República, los Gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, el Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación, el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, el Alto Comisionado para la Paz, el movimiento político FARC, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca –ACIN–, la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC–, el Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC–, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho, por la presunta vulneración de su derecho fundamental al debido proceso. Pasan a reseñarse los aspectos centrales de su solicitud:

1. Hechos

1.1. Mediante sentencia del 29 de abril de 2013, las autoridades tradicionales indígenas de San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló condenaron al señor Jhon Jairo Mayorga Suárez a la pena privativa de la libertad de 40 años, por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas Dagua, ocurrido el 18 de abril de 2013 en la vereda Barondillo, jurisdicción del territorio ancestral de Jambaló. En el fallo, se dispuso “dejar en calidad de guardado” al procesado en un establecimiento penitenciario del INPEC.

1.2. El actor afirma que era miembro de las FARC-EP cuando se le impuso la condena en mención por parte de las autoridades indígenas, y que para el momento de formular la acción de tutela (2 de mayo de 2017) había cumplido 48 meses de prisión.

1.3. Sostiene que el Acuerdo Final para la Paz firmado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP y la Ley 1820 de 2016 –por medio de la cual se dictan disposiciones sobre

amnistía, indulto y tratamientos penales especiales– establecen que el personal de dicha organización que lleve menos de 5 años de privación de la libertad debe ser trasladado a las zonas veredales transitorias de normalización para permanecer allí hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedarán en libertad condicional a disposición de dicha jurisdicción, previa suscripción del acta de compromiso respectiva.

2. Contenido de la petición de amparo

Según se desprende del libelo, el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez estima que el hecho de no haber sido trasladado a las zonas veredales lesiona su derecho fundamental al debido proceso, dado que, según aduce, es beneficiario de los tratamientos penales especiales previstos por el legislador en el marco del Acuerdo de Paz para los integrantes del mencionado grupo guerrillero.

Solicita, por lo tanto, que se ordene su traslado a dichas zonas, y aduce que merece ser sometido a la jurisdicción especial para la paz.

Para sustentar su petición, el accionante acompañó el escrito introductorio de una copia del oficio OFI17-00037064 del 3 de abril de 2017, por medio del cual la Oficina del Alto Comisionado para la Paz informó al accionante que, mediante Resolución 002 del 23 de marzo de 2017, dicha entidad aceptó un listado que acredita a 276 miembros de las FARC-EP que se encuentran privados de la libertad, y le señala que su nombre se encuentra allí incluido, lo que lo acredita como miembro de dicha agrupación.

3. Traslado y contestación de la acción de tutela

Mediante auto del 17 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la acción de tutela y ordenó la notificación del extremo pasivo.

Adicionalmente, dispuso que se oficiara al Ministerio del Interior –Dirección de Asuntos Indígenas– para que certificara si el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez pertenece a algún resguardo indígena, y de ser así, indicara a cuál comunidad específicamente; y al Centro de Servicios de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán para que informara por qué delitos está condenado el accionante y cuál juzgado está vigilando actualmente la pena impuesta.

Integrado el contradictorio, las accionadas se pronunciaron en los siguientes términos:

Por oficio número DS-10-0607, radicado el 19 de mayo de 2017, el Director Seccional Cauca afirmó que, tras realizar consulta en el sistema misional SPOA, no encontró registro alguno que tenga relación con el accionante o con su número de cédula, respecto de algún caso por homicidio por el cual estuviera purgando una condena.

Añadió que por motores de búsqueda en internet se encontró que el actor fue condenado a 40 años de prisión por la jurisdicción especial indígena, por el homicidio del médico tradicional Venancio Taquinas del resguardo de Jambaló, ocurrido el 18 de abril de 2013, hechos por los que fueron capturados 7 miembros de las FARC-EP.

Asimismo, manifestó que por comunicación telefónica con un Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán le indicaron que, luego de verificar los datos del actor, el sistema arrojó resultados negativos de casos para vigilancia de pena a cargo de alguno de esos juzgados; misma oportunidad en la cual se consultó con el INPEC y se obtuvo información de que el señor Jhon Mayorga se encuentra privado de la libertad por condena de la jurisdicción indígena y que, en esos eventos, es esta misma jurisdicción especial la que realiza la vigilancia de la pena, no los juzgados.

Por lo anterior, solicitó que se desvinculara a la entidad del trámite.

3.2. Respuesta de las autoridades indígenas de los resguardos de Toribío, Tacueyó y San Francisco

Mediante oficio allegado el 19 de mayo de 2017, los gobernadores y representantes legales de los resguardos de Tacueyó, San Francisco y Toribío aseguraron que, en el ejercicio del derecho a la jurisdicción propia reconocido en el artículo 246 de la Constitución, la comunidad –en asamblea comunitaria– tomó la decisión de guardar por 40 años en patio prestado al comunero Jhon Jairo Mayorga, tras encontrarlo responsable del homicidio de Venancio Taquinas, quien era The Wala “médico tradicional” y se desempeñaba como Kiwe The “guardia indígena”.

Señalaron que el señor Jhon Jairo Mayorga en ningún momento fue sancionado por ser miembro activo de la guerrilla de las FARC, sino por haber generado un desorden en la

comunidad con el asesinato del mayor Venancio Taquinas, conducta que no es delito político y conexo al conflicto por los siguientes motivos:

§ En ningún momento la asamblea comunitaria aceptó que Jhon Jairo Mayorga fuera miembro de un grupo armado.

§ Según el artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, no serán objeto de amnistía o indulto los delitos de lesa humanidad, y a juicio de la comunidad el crimen contra el sabio ancestral Venancio Taquinas es de lesa humanidad, por cuanto la víctima era una persona indispensable para el desarrollo en la medicina tradicional, sabiduría ancestral esencial para el buen vivir de la comunidad en conjunto, y además era protector del territorio y defensor de los derechos humanos, por lo cual su pérdida agravó a toda la colectividad.

Esgrimió que la jurisdicción especial indígena es un derecho fundamental que no debe ni puede ser desplazado por un mecanismo transitorio en el marco de los Acuerdos de Paz, como lo es la JEP.

En consecuencia, pidió que se negaran las pretensiones del actor.

Como pruebas, al memorial de contestación se adjuntaron las siguientes pruebas:

§ Copia de la Resolución 002 del 29 de abril de 2013, fallo mediante el cual las autoridades tradicionales indígenas impusieron la condena de que se trata al accionante.

§ Oficio del 29 de marzo de 2017, suscrito por las autoridades del cabildo indígena de San Francisco en respuesta a la petición elevada por el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez, en el cual le señalan que “antes y durante el juicio adelantado en el marco de la J.E.I. usted no había aceptado ser miembro activo de las Farc como ahora lo manifiesta, por lo cual usted siempre fue considerado y procesado como comunero indígena por el homicidio del mayor Venancio Taquinas, mas no por rebelión”.

Además, le indican que ese hecho es considerado como un delito de lesa humanidad, por lo cual, en virtud del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016, no es indultable por no ser conexo con el delito de rebelión. Esto, debido a que “el mayor Venancio Taquinas no fue asesinado en combate no estaba vinculado a ningún sector armado.”

Finalmente, le aclaran al peticionario que “la jurisdicción especial para la paz es un mecanismo transitorio, mientras que las funciones jurisdiccionales reconocidas a nuestras autoridades tradicionales en el artículo 246 de la Constitución de 1991, son un derecho fundamental e irrenunciable del cual son únicamente titulares los pueblos y comunidades indígenas.”

3.3. Respuesta del Ministerio del Interior

Por oficio OFI17-18029-DAI-2200, remitido al Despacho de primera instancia el 22 de mayo de 2017, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior informó que tras consultar los censos sistematizados, el actor no registra como indígena del resguardo San Francisco, Toribío, Cauca, en los años 2002, 2008, 2010 y 2011, aunque sí aparece como tal en los censos de los años 2012, 2014, 2015 y 2017, lo cual resulta “extraño”, dado que las personas adscritas a un censo lo deben ser por nacimiento.

Explicó que los auto-censos indígenas son un ejercicio autónomo de las comunidades para identificar qué personas hacen parte del grupo, así como para registrar el comportamiento sociodemográfico, pero que no necesariamente deben coincidir con los censos realizados por el DANE.

Añadió que algunas veces se hace un mal uso de los censos indígenas para propósitos instrumentales (cuestiones electorales, acceso a beneficios, exoneración de servicio militar, etc.) lo cual desnaturaliza estos mecanismos y genera una desviación de los derechos reconocidos a estas comunidades.

3.4. Respuesta del Ministerio de Justicia y del Derecho

Por oficio OFI17-0014960-DJT-3100, radicado el 24 de mayo de 2017, la Directora de Justicia Transicional del Ministerio de Justicia y del Derecho expuso que la Ley 1820 de 2016 regula las amnistías e indultos por los delitos políticos y los delitos conexos con estos, así como los tratamientos penales especiales diferenciados para agentes del Estado que hayan sido condenados, procesados o señalados de cometer conductas punibles por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado. La mencionada ley fue reglamentada por el Decreto 277 de 2017.

Explicó que la amnistía de iure es un mecanismo de extinción de la acción penal para los delitos considerados políticos, a saber: rebelión, sedición, asonada, conspiración y seducción, usurpación y retención ilegal de mando, la cual también se aplica a los delitos considerados conexos. Para su concesión –afirmó– se requiere que el solicitante se encuentre en una de las siguientes situaciones:

(i) que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP; o

(ii) integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final para la Paz con el Gobierno Nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización, aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP; o

(iii) la sentencia condenatoria indique la pertenencia del condenado a las FARC-EP, aunque no se condene por un delito político, siempre que el delito por el que haya resultado condenado cumpla los requisitos de conexidad establecidos en la ley; o

(iv) sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias, providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de esta ley, solicitará al fiscal o juez de ejecución de penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior.

Manifestó también que existen tres escenarios para la aplicación de la amnistía de iure, de acuerdo con la situación jurídica del solicitante, a saber: (a) integrantes de las FARC-EP que permanezcan en las zonas veredales o en los campamentos acordados en el proceso de dejación de armas y que no cuenten con procesos en curso ni condenas, (b) quienes tengan procesos en curso por los delitos políticos y conexos previstos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016, y (c) quienes tengan condenas por los delitos políticos y conexos.

Explicó la forma en que opera el beneficio en cada una de dichas hipótesis y respecto de la última –condena con privación de la libertad– señaló que el numeral 3 del artículo 19 de la

Ley 1820 de 2016 y el literal b del artículo 8 del Decreto 277 de 2017 establecen que será el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad el competente para resolver la concesión de la amnistía de iure a solicitud del interesado, la defensa, el Ministerio Público o de oficio, la cual tiene como efecto la libertad inmediata y definitiva, previa verificación de los soportes necesarios así como de la existencia del acta de compromiso y de los requisitos prescritos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820.

Asimismo, agregó que la libertad condicionada, prevista en el artículo 35 de la ley en mención, se aplica a las personas que sin ser beneficiarias de la amnistía de iure hayan permanecido privadas de la libertad por un periodo no menor a 5 años, siempre que hayan suscrito acta de compromiso y se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el artículo 17 ibídem sobre el ámbito de aplicación personal.

Aclaró que “para la procedencia de la libertad condicionada no se examinarán los requisitos establecidos en los artículos 15 y 16 de la Ley 1820. Lo anterior quiere decir que no existe restricción alguna respecto de los tipos penales frente a los cuales se puede aplicar el mencionado beneficio”.

Expresó, en relación con las personas con un tiempo de privación de libertad inferior a 5 años, que serán trasladadas a las zonas veredales transitorias de normalización en condición de privados de la libertad, en la cual permanecerán hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el que accederán a libertad condicionada –previa suscripción del acta formal de compromiso ante el secretario ejecutivo de la JEP– quedando a disposición de dicha jurisdicción especial.

La verificación del cumplimiento de los requisitos para la libertad transitoria, anticipada y condicionada estará a cargo de la persona designada por el Mecanismo de Monitoreo y Verificación de la ONU, hasta tanto se nombre de manera definitiva al secretario ejecutivo de la JEP. Esta libertad condicionada será vigilada por la autoridad judicial que la haya concedido

A la vez, indicó que el traslado a las zonas veredales se realizará por cuenta del INPEC y que el funcionario judicial que decida tanto la amnistía de iure como la libertad condicionada deberá verificar de oficio la procedencia de una u otra figura o, en caso de que no proceda ninguna, resolver sobre el traslado a las zonas veredales.

Finalmente, afirmó que el Ministerio de Justicia y del Derecho carece de competencia tanto para decidir sobre la concesión de los beneficios jurídicos a que se ha hecho alusión, como sobre el traslado a las zonas veredales. En consecuencia, solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa respecto de esa cartera.

Actuando mediante apoderada, por memorial remitido el 24 de mayo de 2017, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz expuso que en su momento dio respuesta a la petición elevada por el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez, en el sentido de informarle que su nombre se encontraba incluido en el listado aceptado por esa dependencia mediante Resolución 002 del 23 de marzo de 2017, que lo acredita como miembro de las FARC-EP.

Añadió que la zona veredal transitoria de normalización de Buenavista en el municipio de Mesetas era para ese momento la única habilitada para el traslado, por parte del INPEC, de los privados de la libertad a quienes les fuera aplicable el artículo 13 del Decreto 277 de 2017 (personas procesadas o condenadas por delitos no amnistiables de iure con privación efectiva inferior a 5 años).

Solicitó ser desvinculada de la actuación, pues adujo que no existe hecho u omisión atribuible a la Presidencia en cabeza de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

3.6. Respuesta de las autoridades indígenas del resguardo de Jambaló

Mediante escrito allegado el 26 de mayo de 2017, con posterioridad al pronunciamiento del fallo de primera instancia, las autoridades tradicionales del cabildo indígena de Jambaló manifestaron que no existía vulneración alguna por su parte ni por los resguardos de San Francisco, Tacueyó y Toribío, por cuanto se limitaron a administrar justicia en el caso del señor Jhon Jairo Mayorga Suárez en los términos en que autoriza la Constitución, sin que sus decisiones tengan que ser evaluadas u homologadas por otra autoridad judicial.

Explicaron que bajos los usos y costumbres de los pueblos indígenas es posible mantener acuerdos, como en este caso se hizo para juzgar al actor, quien, si bien es comunero del resguardo de San Francisco, fue procesado en conjunto con otros resguardos indígenas.

Esgrimieron que no hubo violación al debido proceso y reafirmaron que la condena al accionante se fundó en la desarmonía causada a los resguardos vecinos y al suyo propio por

atentar contra la vida del médico tradicional Venancio Taquinas, hecho calificado como homicidio, pero en ningún momento se contempló lo referente a su supuesta calidad de guerrillero, ni se juzgó por el delito de rebelión.

Adujeron que no había lugar al traslado del actor a las zonas veredales ni a los tratamientos previstos en la Ley 1820 de 2016, porque el citado es comunero indígena juzgado por homicidio, considerado como una desarmonía no susceptible de dicha normativa.

Solicitaron, por lo anterior, que se declarara que los cabildos indígenas no habían vulnerado los derechos fundamentales del actor, en respeto a la seguridad jurídica intercultural de los resguardos y a su autoridad tradicional.

4. Fallo de tutela de primera instancia

Mediante sentencia del 25 de mayo de 2017, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró improcedente la acción de tutela incoada por el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez.

El a quo basó la anterior determinación en que, a su juicio, la solicitud de traslado del actor a una zona veredal transitoria de normalización era un asunto que debía resolverse entre la justicia especial para la paz y la jurisdicción especial indígena de acuerdo con lo previsto en el artículo transitorio 9 del Acto Legislativo 01 de 2017, conforme al cual los conflictos de competencia entre las mencionadas jurisdicciones deben dirimirse por una sala incidental conformada por dos magistrados de la JEP no afectadas por dicho conflicto y dos autoridades tradicionales del pueblo indígena implicado. En ese sentido, estimó que la acción de tutela no podía entrar a desplazar el mecanismo adecuado para solucionar el conflicto.

5. Fallo de tutela de segunda instancia

Impugnada la decisión del juez constitucional de primera instancia, la Sección Cuarta del Consejo de Estado la revocó, por sentencia del 19 de octubre de 2017.

Como fundamento de dicha determinación, el ad quem sostuvo que la acción de tutela era procedente debido a que el señor Jhon Jairo Mayorga no contaba con otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos fundamentales.

Discrepó de la postura asumida por el Tribunal Administrativo del Cauca en cuanto a que el asunto debía ser resuelto mediante una sala incidental según lo previsto en el artículo 9 transitorio del Acto Legislativo 01 de 2017, pues consideró que no era un medio idóneo en vista de que para ese momento (19 de octubre de 2017) no había entrado en funcionamiento la JEP y estimaba desproporcionado obligar al actor a esperar a que dicha justicia comenzara a operar.

Al analizar el fondo de la controversia, refirió que las personas procesadas o condenadas por delitos no amnistiabiles de iure que llevaran menos de 5 años privados de la libertad debían ser trasladadas a las zonas veredales transitorias de normalización, donde permanecerán en situación de privación de la libertad hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el que quedarán en libertad condicionada a disposición de dicha jurisdicción, previa suscripción del acta de compromiso correspondiente.

Señaló que dicho tratamiento era aplicable al accionante porque no reúne las condiciones para ser beneficiario de la amnistía de iure, en tanto el homicidio cometido por él (i) no podía calificarse como delito político, y (ii) tampoco entra en la categoría de delito conexo, por no reunir los siguientes criterios: a) estar íntimamente vinculado con el desarrollo de la rebelión, b) que el sujeto pasivo del delito sea el Estado y su régimen constitucional vigente, y c) que se haya dirigido a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Adicionalmente, indicó que aunque en el expediente no obrara prueba de la fecha exacta en la que el accionante fue privado efectivamente de su libertad, se infería que ello tuvo lugar en abril de 2013; de modo entonces que al llevar menos de 5 años en reclusión cumplía los requisitos para acceder al traslado a las zonas veredales.

Agregó que pese a que la jurisdicción especial indígena es una de las manifestaciones del pluralismo presente en la Constitución, dicha autonomía estaba supeditada a los límites trazados por la misma Carta, la ley, el Acuerdo de Paz y su marco legal; y que JEP prevalecía sobre las demás jurisdicciones, de conformidad con lo acordado en el proceso de paz.

Subrayó que la Ley 1820 de 2016 no exigía la autorización del juez de ejecución de penas para efectos del traslado a las zonas veredales transitorias de normalización, pues se limitaba a prescribir que “el procesado o condenado sujeto de esta medida, será trasladado

por el INPEC a la ZVTN, donde permanecerá en situación de privación de la libertad hasta la entrada en funcionamiento de la JEP". En ese sentido, precisó que la jurisdicción indígena no debía impedir el traslado del accionante, pues su autorización no era una condición para que el mismo tuviera lugar.

Por lo expuesto, amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a la igualdad del actor y ordenó "a la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco -Proyecto Nasa- que se abstenga de impedir el traslado de Jhon Jairo Mayorga Suárez, en condición de privado de la libertad, a la zona veredal transitoria de normalización de Buenavista en el municipio de Mesetas, o la que haya lugar." Asimismo, dispuso que "dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco -Proyecto Nasa- envíe el expediente de Jhon Jairo Mayorga Suárez al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, con el fin de que este último actúe de conformidad con su competencia y con lo dispuesto en esta providencia." [1]

7. Actuaciones posteriores y en sede de revisión

7.1. Actuaciones posteriores a la sentencia de segunda instancia

Luego de surtirse la notificación del fallo de tutela de segunda instancia, el señor Jaime Díaz Noscue, en calidad de representante legal de la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco -Proyecto Nasa-, con NIT 900.029.407-5, remitió al Consejo de Estado memorial adiado el 14 de noviembre de 2017, en el que manifestó lo siguiente:

"1. El comunero Jhon Jairo Mayorga quien fue sancionado por las comunidades de los resguardos de Toribío, Tacueyó, San Francisco y Jambaló en uso de la función jurisdiccional especiales (sic) indígenas (sic) que reconoce (sic) los tratados internacionales, la Constitución Política de Colombia, la ley de origen y los usos y costumbres; quien fue sancionado el 29 de abril de 2013, dicha decisión fue ejercida en pleno derecho.

"De acuerdo a dicha orden me permito precisar que: nuestra asociación de cabildos legalmente reconocida acatamos dicha orden, toda vez que nuestra asociación no es el juez natural del caso, el juez natural es la comunidad de los cuatro resguardos antes mencionados, los cuales tienen cada uno su representación legal muy distinta a la que

represento.

“3. En el segundo párrafo en el cual se ordena que dentro de los quince días a la notificación de la providencia a la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco –Proyecto Nasa–, envíe el expediente del comunero antes mencionado al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– con el fin de que este último actúe de conformidad con su competencia y con lo dispuesto en esta providencia.

“Me permito hacer la claridad que: en la persona jurídica la cual represento, no reposa ningún expediente sobre el caso en mención, toda vez que en ningún momento la persona jurídica Proyecto Nasa con NIT 900.029.407-5 en ningún momento tomó decisión alguna en este caso, máxime hacer la claridad quien tomó la decisión fue toda la comunidad de los cuatro resguardos en su legítimo derecho jurisdiccional.

“En consecuencia, a lo anterior mencionado le solicito remitirse directamente a las autoridades tradicionales indígenas representantes de cada resguardo quienes fueron los que tomaron la decisión en su integralidad.”

Dicho escrito fue agregado al expediente por parte de la Secretaría General del Consejo de Estado y no hubo pronunciamiento judicial alguno sobre el particular.

7.2. Actuaciones en sede de revisión

Con el fin de obtener los elementos de juicio necesarios para proferir sentencia, mediante auto del 27 de febrero de 2018, el magistrado sustanciador ordenó a la Oficina del Alto Comisionado para la Paz que remitiera a esta Corporación copia de la Resolución 002 del 23 de marzo de 2017, mediante la cual se aprobó la lista de nombres de miembros de las FARC-EP privados de la libertad, en la cual se encontraba incluido el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.012.410.718.

En la misma providencia se vinculó al trámite a Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– y a la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco –Proyecto Nasa–, para que se pronunciaran sobre todo cuanto estimaran pertinente en relación con la presente controversia y aportaran pruebas.

Igualmente, se ordenó al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC– que rindiera

informe a la Corte Constitucional sobre los siguientes puntos: (i) si el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez se encuentra privado de la libertad en un centro de reclusión del sistema penitenciario administrado por el INPEC; en caso afirmativo, (ii) por cuenta de qué autoridad judicial y en cumplimiento a cuál sentencia, y (iii) en qué lugar se encuentra actualmente purgando la condena impuesta. Finalmente, de ser el caso y de conformidad con las respuestas a los anteriores interrogantes, precise (iv) cuánto tiempo de condena había cumplido el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez al 9 de mayo de 2017 (fecha de formulación de la acción de tutela) desde el momento en que fue puesto a disposición del INPEC por parte de las autoridades tradicionales indígenas para la ejecución de la sentencia del 29 de abril de 2013.

En cumplimiento a dicha providencia, se allegaron las siguientes intervenciones:

7.2.1. Respuesta de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz

A través de sus asesoras, la Oficina del Alto Comisionado para la Paz remitió copia de la Resolución No. 002 del 23 de marzo de 2017, “por la cual se acepta un listado entregado por el miembro representante autorizado por las FARC-EP de personas que dicha organización reconoce como integrantes de la misma”.

En efecto, en el referido acto se recibe y acepta un listado de 276 nombres de miembros de la organización privados de la libertad, entre los cuales figura el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.012.410.718, procesado por el Resguardo Indígena de San Francisco.

7.2.2. Respuesta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC–

En su memorial de defensa, el INPEC manifestó, por intermedio de apoderado, que “JHON JAIRO MAYORGA SUÁREZ NO SE ENCUENTRA RECLUIDO EN NINGÚN ESTABLECIMIENTO DEL INPEC, NI A CARGO DEL MISMO, por cuanto desde el 03 de noviembre de 2017 le fue concedida LIBERTAD INMEDIATA Y FUE ENTREGADO AL REPRESENTANTE DEL RESGUARDO INDÍGENA DE SAN FRANCISCO” (mayúsculas, negrillas y subrayas del texto original).

Adujo, por lo tanto, que respecto de ese instituto se configuraba una falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que eran otras autoridades las llamadas a satisfacer las

pretensiones del accionante y no se alegó en ningún momento vulneración alguna por parte de dicha entidad.

Para acreditar tales afirmaciones, se aportó copia del formato de Cartilla Biográfica del Interno generada el 5 de marzo de 2018, en la cual se registra que, efectivamente, Jhon Jairo Mayorga Suárez, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.012.410.718, fue ingresado el 2 de mayo de 2013, que contra él pesa condena impuesta por el Resguardo Indígena de San Francisco-Toribío-Cauca mediante Resolución 002 del 29 de abril de 2013, y que el 3 de noviembre de 2017 se le concedió libertad inmediata, con la observación “Retiro por parte de resguardo indígena”.

Más tarde, en atención a la información suministrada por el INPEC, por auto del 19 de abril 2018 la Sala Novena de Revisión ordenó a las autoridades tradicionales indígenas de San Francisco, Tacueyó, Toribío y Jambaló que comunicaran a esta Corporación (i) dónde estaba el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez, específicamente, si se hallaba en territorio indígena a disposición de las autoridades tradicionales, (ii) cuáles fueron los motivos que determinaron el retiro del mencionado comunero de las instalaciones del complejo penitenciario San Isidro de la ciudad de Popayán, (iii) qué autoridad se encontraba vigilando la ejecución de la condena impuesta al accionante mediante Resolución 002 del 29 de abril de 2013, y (iv) qué actuaciones se habían adelantado desde el 3 de noviembre de 2017 al interior de la causa penal seguida contra Jhon Jairo Mayorga Suárez y cuál era su situación jurídica actual.

En el mismo auto, la Sala suspendió los términos para fallo dentro del expediente de tutela T-6.498.536, en razón a la necesidad imperiosa de averiguar la localización del actor y a la incidencia que ello podría tener sobre la solicitud de amparo en cuestión.

En respuesta a dicho requerimiento, se aportó la siguiente información:

7.2.3. Respuesta de la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco –Proyecto Nasa–

Indicaron que el traslado del centro penitenciario del INPEC al centro de armonización indígena se derivó de la necesidad de aplicar al comunero procesos de armonización bajo los usos y costumbres de la comunidad ancestral nasa y de acuerdo con el fallo que le

impuso la condena.

Esgrimieron que el fallo de tutela de segunda instancia, por el cual el Consejo de Estado ordenó el traslado del actor a las zonas veredales transitorias de normalización, vulneró su derecho al ejercicio de la jurisdicción indígena, desconociendo que (i) el comunero fue dejado en patio prestado por decisión de la asamblea comunitaria, (ii) de acuerdo con el mandato de la asamblea comunitaria, son las autoridades indígenas las competentes para hacer cumplir la decisión, y (iii) el comunero Jhon Jairo Mayorga Suárez no fue juzgado por delitos políticos sino por la grave desarmonía comunitaria causada por el asesinato de un sabio ancestral.

Añadieron que la Ley 1820 de 2016 transgrede sus derechos al otorgarle a la JEP un carácter prevalente sobre las demás jurisdicciones y que la misma no fue objeto de consulta.

Informaron que las autoridades indígenas dispusieron la elaboración e implementación de un protocolo de coordinación entre la JEP y la jurisdicción indígena, que se construyó una ruta mediante la cual el juez natural (la asamblea comunitaria) decidió implementar un sistema transicional propio fundamentado en los usos y costumbres, el derecho consuetudinario y los derechos reconocidos en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición –SIVJRNR– y el Decreto 4633 de 2011[2], y que en cumplimiento a dicha ruta se decide conceder o no los beneficios a los comuneros indígenas privados de la libertad en patios prestados.

Finalmente, afirmaron que el 20 de febrero de 2018 se realizó asamblea comunitaria en la vereda de Barondillo del resguardo de Jambaló, en la cual “la asamblea mandató conceder los beneficios al comunero Jhon Jairo Mayorga Suárez, previo cumplimiento de los requisitos consagrados en la mencionada ruta”, sin especificar a qué beneficios hace referencia.

Al informe en cuestión, los gobernadores adjuntaron las siguientes pruebas documentales:

§ Protocolo de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la JEP, remitido por el Consejo Regional Indígena del Cauca a la Comisión Étnica de la JEP el 9 de abril de 2018.

§ Fallo del Tribunal Indígena (NASA ÜÜS YUTX PEHNXI) publicado en el diario oficial del 11 de diciembre de 2017, el que se resuelve “Declarar que la competencia sigue siendo la jurisdicción especial indígena, en el caso del comunero JHON JAIRO MAYORGA SUAREZ; y demás casos similares que se presentan en el ejercicio del derecho fundamental de jurisdicción especial indígena y del Sistema de Justicia Propia.”

§ Ruta mediante la cual se decide conceder o no beneficios a comuneros indígenas en patios prestados del INPEC.

§ Acta de la asamblea celebrada el 20 de febrero de 2018 en la vereda Barondillo del resguardo de Jambaló.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer los fallos proferidos dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en 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. Planteamiento del caso

En el asunto bajo estudio, el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez reclama la protección de su derecho fundamental al debido proceso, en vista de que fue condenado por la jurisdicción especial indígena por el delito de homicidio a 40 años de prisión, no obstante lo cual, según aduce, como miembro de las FARC-EP es beneficiario de los tratamientos penales especiales derivados del Acuerdo de Paz para los excombatientes de esa organización.

Por consiguiente, solicita que se efectúe su traslado desde el centro de reclusión donde se encuentra a las zonas veredales transitorias de normalización, con el fin de seguir purgando allí su condena y ser sometido a la jurisdicción especial para la paz.

Dentro del trámite de tutela, las autoridades indígenas manifestaron su oposición a la prosperidad de la tutela, al paso que algunas de las entidades demandadas solicitaron ser desvinculadas y otros integrantes del extremo pasivo guardaron silencio.

La sentencia del juez constitucional de primera instancia fue adversa a los intereses del actor; sin embargo, la de segunda instancia accedió a las pretensiones.

3. Problema jurídico

Esbozados así los contornos del caso, como cuestión previa es preciso determinar si existe un vicio en la actuación que inhiba a esta Corte para pronunciarse sobre la presente acción de tutela, tomando en consideración el hecho de que uno de los accionados es un órgano de la jurisdicción especial para la paz (la Secretaría Ejecutiva) y de conformidad con el artículo 8 transitorio de la Constitución, introducido a partir del Acto Legislativo 01 de 2017, “las peticiones de acción de tutela [contra acciones u omisiones de la JEP] deberán ser presentadas ante el Tribunal para la Paz”.

Establecido lo anterior, corresponde a la Sala Novena de Revisión examinar si en el asunto de la referencia se reúnen los requisitos de procedencia de la acción de tutela, a fin de determinar si, dadas las circunstancias del caso, es pertinente la intervención del juez constitucional a través de este mecanismo excepcional de protección, en procura de salvaguardar derechos fundamentales.

Una vez dilucidado lo anterior, esto es, si se supera el análisis de procedencia, las preguntas jurídicas que deberá responder la Corte en esta oportunidad son las siguientes: (i) ¿se vulnera el derecho fundamental al debido proceso de que es titular Jhon Jairo Mayorga Suárez al no proceder con su traslado a las zonas veredales transitorias de normalización, teniendo en cuenta que la condena penal por homicidio que pesa sobre él fue impuesta por las autoridades indígenas, y estas aducen que no resultan aplicables los tratamientos penales especiales derivados del Acuerdo de Paz para miembros de las FARC-EP?; y, (ii) ¿el ejercicio jurisdiccional previo por parte de las autoridades indígenas excluye que el caso sea examinado a la luz de la justicia transicional, teniendo en cuenta que el actor afirma ser parte de una agrupación que tomó parte en el conflicto armado y suscribió un Acuerdo de Paz?

Para resolver este interrogante, la Sala de Revisión llevará a cabo el estudio de los siguientes ejes temáticos: (i) Cuestión previa: sobre la validez del trámite constitucional surtido; (ii) Procedencia de la acción de tutela contra decisiones adoptadas por las autoridades indígenas; (iii) La jurisprudencia constitucional en torno a la autonomía de la

jurisdicción especial indígena; (iv) La justicia transicional como mecanismo para alcanzar la paz y la reconciliación; (v) La amnistía y los tratamientos penales especiales para los miembros de las FARC-EP en el marco del Acuerdo de Paz; y (vi) El marco normativo vigente para la resolución de conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción especial para la paz.

Agotado el estudio de los referidos aspectos, se procederá al examen del caso concreto.

De acuerdo con el artículo transitorio 8 de la Constitución, introducido a partir del Acto Legislativo 01 del 4 de abril de 2017, “las peticiones de acción de tutela [contra acciones u omisiones de la JEP] deberán ser presentadas ante el Tribunal para la Paz, único competente para conocer de ellas. La primera instancia será decidida por la Sección de Revisión. La segunda por la Sección de Apelaciones”.

Según esta norma constitucional, de manera privativa el Tribunal para la Paz está investido de competencia para resolver las acciones de tutela dirigidas contra los órganos de la jurisdicción especial para la Paz, lo cual excluiría, en principio, la posibilidad de que otros jueces de la República resuelva este tipo de solicitudes de amparo.

En el caso bajo estudio, una de las entidades que integran el extremo pasivo de la acción es la Secretaría Ejecutiva de la JEP, no obstante lo cual la acción tuitiva fue conocida en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cauca y en segunda instancia por el Consejo de Estado -Sección Cuarta-, en lugar de las autoridades de la jurisdicción especial para la paz, conforme a lo previsto por el Acto Legislativo a que se alude.

Aunque pudiera parecer que esta circunstancia constituiría un vicio procesal que afectaría la validez de la actuación surtida desde el momento mismo de la admisión de la acción de tutela -por la presunta falta de competencia de los jueces que instruyeron el proceso-, es necesario anotar que, aunque el acto legislativo llevaba un mes de vigencia cuando se radicó la solicitud -9 de mayo de 2017-, para ese momento aún no estaba en funcionamiento el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición del cual forma parte la jurisdicción especial para la paz, la cual sólo inició con la atención al público el 15 de marzo de 2018, de acuerdo con el artículo 2 de la Resolución 001 del 15 de enero de 2018[3].

La ausencia de entrada en funcionamiento de la JEP para el momento en que se invocó el amparo que nos ocupa, tornaba imposible que el actor promoviera la solicitud ante las autoridades de dicha jurisdicción especial, pues para ese entonces ni siquiera habían tomado posesión los magistrados que integran el Tribunal para la Paz[4].

En ese orden de ideas, hubiese resultado irrazonable privar al accionante del acceso a la administración de justicia, impidiéndole solicitar la protección de sus derechos fundamentales en el momento en que los consideró amenazados, o postergando el trámite de la acción de tutela instaurada hasta que se integrara y comenzara a operar la jurisdicción especial para la paz.

Recuérdese que la jurisdicción, entendida como la función pública de administrar justicia, es una sola[5], por lo cual debe considerarse válida la actuación adelantada por los jueces de instancia en el sub júdice, dada la entonces inexistencia material del órgano especial destinado a pronunciarse sobre el resguardo constitucional de que se trata.

Además, de acuerdo con el artículo 86 superior, la acción de tutela es un mecanismo que está al alcance de todas las personas “para para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”

Por lo tanto, dado que la instrucción del presente trámite se realizó por funcionarios plenamente investidos de jurisdicción y que la urgencia de salvaguarda de los derechos fundamentales es inherente a la acción de tutela –y ello implica que el pronunciamiento del juez constitucional no da espera–, aunado al hecho de que el Tribunal para la Paz no estaba funcionando para el momento en que surgió el debate iusfundamental, es forzoso concluir, conforme al principio de tutela judicial efectiva, que no existe vicio alguno que inhiba a esta Corporación de pronunciarse sobre el asunto.

La Sala concluye que sólo desde un formalismo exacerbado –opuesto a la naturaleza de este mecanismo de protección de derechos– se podría sostener que la vigencia del artículo 8 transitorio del Acto Legislativo al momento de interponerse la acción tiene la virtualidad de viciar la actuación. Visto que la jurisdicción especial para la paz no comenzó a operar

sino hasta después de que se agotó el trámite de las instancias, tal postura equivaldría a aceptar algo semejante a una nulidad sobreviniente.

Por lo demás, valga subrayar que, de acuerdo con el control constitucional efectuado por este Tribunal sobre el acto legislativo en mención, la función constitucional encomendada a esta Corte de revisar las decisiones relacionadas con la tutela de los derechos constitucionales[6] no sufrió alteración alguna[7], lo cual implica que independientemente de cuál sea la autoridad judicial de la que emana el fallo en cuestión, todas las sentencias de tutela, sin excepción, deben ser remitidas a esta Corporación para su eventual revisión.

Precisado lo anterior, y ratificada la validez del trámite adelantado –pues, se insiste, no puede reprochársele al actor ni a los jueces de instancia el no haber deferido la controversia a una autoridad que no estaba constituida–, procede la Sala a emprender el estudio del caso.

(ii) Procedencia de la acción de tutela contra decisiones adoptadas por las autoridades indígenas

Este Tribunal ha admitido que en el ámbito del ejercicio de la jurisdicción especial indígena las comunidades pueden ser sujeto pasivo de la acción de tutela, considerando su naturaleza jurídica con base en una interpretación sistemática del artículo 2 del Decreto 2001[8]:

“Las comunidades indígenas son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. Respecto de las decisiones de la comunidad que afectan a uno de sus integrantes, no existen medios de defensa judicial. En consecuencia, el petente se encuentra en situación de indefensión respecto de una organización privada, la comunidad indígena, razón por la que está constitucional y legalmente habilitado para ejercer la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales.”[9]

En línea con lo anterior, se ha reconocido que frente a las determinaciones de las autoridades indígenas, en razón de su autonomía, no existen en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa que permitan a las personas enervar una decisión de esta

naturaleza que les afecte. Ante esa carencia de recursos o instancias judiciales, se ha dicho, existe una evidente relación asimétrica entre la colectividad y el sujeto involucrado, quedando este último en una posición desfavorable en tanto lo resuelto adquiere un carácter definitivo:

“La Corte ha sostenido en jurisprudencia constante y uniforme que la acción de tutela es procedente para la protección de derechos fundamentales de los miembros de una comunidad indígena eventualmente afectados por decisiones de las autoridades tradicionales de la comunidad, debido a que no existen mecanismos de control judicial en el interior de las comunidades, ni superiores jerárquicos de tales autoridades, por lo que los miembros de la parcialidad, individualmente considerados, están en situación de subordinación e indefensión frente a los órganos de poder del resguardo.”[10]

Así, a través de reiterados pronunciamientos se ha ratificado la procedencia del mecanismo constitucional de amparo en escenarios en los que se pretende rebatir una decisión adoptada por autoridades tradicionales indígenas[11], con sustento en dos premisas básicas: (i) la preeminencia que las mismas ostentan frente a los individuos que integran la comunidad, lo que coloca a los citados en una situación de desventaja, y (ii) la ausencia de otros medios de defensa judicial que permitan a estos últimos impugnar las determinaciones que les resulten adversas.

(iii) La jurisprudencia constitucional en torno a la autonomía de la jurisdicción especial indígena

Como expresión del espíritu pluralista[12] que alentó el pacto político fundado en 1991, nuestro Texto Constitucional reconoce y protege la diversidad étnica y cultural[13] y contempla el derecho de las autoridades de los pueblos indígenas a administrar justicia dentro de su ámbito territorial y conforme a sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes.[14]

Desde sus albores, la jurisprudencia de esta Corte ha venido interpretando dichos mandatos superiores destacando que la supervivencia de los pueblos étnicamente diferenciados está inescindiblemente vinculada al respeto por su autonomía, pues en el menor grado de interferencia por parte de la cultura mayoritaria es que radica la protección a la diversidad, mediante la garantía de preservación de sus rasgos y valores distintivos:

“De acuerdo con la doctrina especializada, para considerar que existe una ‘etnia’ deben identificarse en un determinado grupo humano dos condiciones: una subjetiva y una objetiva. La primera condición, se refiere a lo que se ha llamado la conciencia étnica y puede explicarse de la siguiente manera:

“(…) [es] la conciencia que tienen los miembros de su especificidad, es decir, de su propia individualidad a la vez que de su diferenciación de otros grupos humanos, y el deseo consciente, en mayor o menor grado, de pertenecer a él, es decir, de seguir siendo lo que son y han sido hasta el presente.

“La segunda, por el contrario, se refiere a los elementos materiales que distinguen al grupo, comúnmente reunidos en el concepto de ‘cultura’. Este término hace relación básicamente al ‘conjunto de creaciones, instituciones y comportamientos colectivos de un grupo humano (...) el sistema de valores que caracteriza a una colectividad humana.’ En este conjunto se entienden agrupadas, entonces, características como la lengua, las instituciones políticas y jurídicas, las tradiciones y recuerdos históricos, las creencias religiosas, las costumbres (folklore) y la mentalidad o psicología colectiva que surge como consecuencia de los rasgos compartidos.

“Teniendo en cuenta esta definición (que no pretende ser sino una aproximación a lo que puede entenderse por ‘etnia’), el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.”[15](negritas en el texto original)

Este Tribunal ha señalado, también, que la posibilidad de ejercer la jurisdicción en sus territorios por parte las comunidades indígenas no está supeditada a que se expida una ley que así lo determine[16], pues se trata de un derecho de expresa consagración constitucional con efectos normativos directos y la intervención del legislador sólo se precisa para efectos de definir los mecanismos de coordinación entre esta justicia especial y el sistema judicial nacional.

Bajo esa óptica, se ha considerado que tampoco es necesario el reconocimiento o

convalidación externos de los valores y las prácticas consuetudinarias de estos grupos para el ejercicio efectivo de la jurisdicción y la operancia de un orden jurídico propio –el cual no se circunscribe de forma exclusiva a las prácticas ancestrales sino que puede ir mutando según las dinámicas de cada cultura[17]–, por lo que su conformidad con la Constitución sólo podrá verificarse después de desplegada la función jurisdiccional y ante la eventual afectación de un derecho fundamental:

“La Constitución reconoce el derecho a la diversidad y, tratándose de comunidades indígenas, establecidos los elementos que permiten tenerlas como tales, para determinar la procedencia de la jurisdicción especial, prima la vocación comunitaria, expresada, fundamentalmente por sus autoridades, y en ocasiones refrendada por la comunidad, para asumir el manejo de sus asuntos, extender y reafirmar sus prácticas de control social y avanzar en la definición de su propio sistema jurídico, como manera de afirmación de su identidad.

“En ese contexto, resulta contrario al principio de diversidad étnica y cultural y a la garantía constitucional de la jurisdicción indígena, la pretensión de que la procedencia de ésta dependa del reconocimiento externo en torno a la existencia y validez del orden jurídico tradicional. Establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción. Las prácticas y usos tradicionales constituyen el marco de referencia para el ejercicio de esa facultad, pero su determinación corresponde de manera autónoma a la propia comunidad indígena, con la sola limitación según la cual ese sistema normativo tradicional no puede contrariar la Constitución ni las leyes. Esta última condición, de la manera como ha sido perfilada por la Corte, solo sería objeto de una verificación ex post, para la garantía de los derechos fundamentales de las personas que pudiesen verse afectadas por la acción o la omisión de las autoridades indígenas.”[18]

Empero, se ha enfatizado que el Estado, a través de sus instituciones –y, en particular, de la propia justicia ordinaria–, tiene el compromiso de garantizar, mediante una colaboración activa y permanente, las condiciones óptimas para el ejercicio pleno de este derecho de las comunidades indígenas. Esta coordinación se ha materializado, por ejemplo, facilitando la utilización de las instalaciones carcelarias cuando se precise de ellas para la ejecución de

una sentencia en el evento de que las autoridades tradicionales, en desarrollo de su autonomía, impongan penas intramuros a sus miembros[19].

En lo que atañe al ámbito de competencia para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena, se ha distinguido un fuero indígena fundado en la persona y en el territorio involucrados en una determinada controversia; posteriormente, la jurisprudencia incorporó también un elemento objetivo. En el primer evento se verifica si el sujeto involucrado en el asunto (v.gr. quien comete la infracción) pertenece o no a determinada comunidad étnica, en el segundo se observa dónde ocurren los hechos o se despliega la conducta que da lugar al litigio, y en el tercero se identifica la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta[20], “de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria”[21]. Estos elementos están orientados a garantizar el debido proceso en su dimensión del principio de juez natural y se conjugan según el contexto de cada caso[22].

Adicional a los elementos mencionados, la Corte ha establecido que a la hora de dilucidar cuándo la jurisdicción indígena desplaza a la justicia nacional también es pertinente constatar si las autoridades tradicionales reclaman para sí el enjuiciamiento de determinado conflicto, esto es, si han manifestado su intención de asumir el conocimiento y activar su potestad de pronunciarse con base en su Derecho autóctono respecto a un acontecimiento con significación social que les concierne[23]. En estrecha relación con este aspecto se ha identificado un elemento institucional, caracterizado por “la existencia de instituciones, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.”[24]

Cabe resaltar que la pretermisión de los presupuestos que abren paso a la aplicación de la jurisdicción especial indígena puede acarrear la nulidad los trámites que se adelanten ante la justicia ordinaria y dicho vicio puede ser declarado por el juez constitucional[25], habida cuenta de que al usurparse esta competencia de rango superior no sólo menoscaba el derecho de la comunidad a juzgar según sus usos y costumbres, sino el derecho al debido proceso de los comuneros cuyos pleitos son indebidamente sometidos al conocimiento de jueces comunes[26].

Ahora bien: no puede pasarse por alto que en razón a la organización política del Estado colombiano como República unitaria y, especialmente, a la posición central que en ella ocupan los derechos humanos –cuya inspiración universalista no puede desconocerse–, es predecible que surjan tensiones de cara al reconocimiento de la autonomía política y jurídica de los pueblos indígenas.

Esta ambivalencia, existente también en otros Estados con presencia de comunidades originarias, fue objeto de reflexión por parte de la Organización Internacional del Trabajo, la cual, en el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado en Ginebra el 27 de junio de 1989 e incorporado a nuestro ordenamiento mediante la Ley 21 de 1991, sostuvo que “[d]ichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.”[27]

Para armonizar aquellos principios en tensión en lo que a la administración de justicia concierne, la jurisprudencia constitucional ha establecido que en la solución de estos conflictos deben aplicarse criterios de equidad conforme a las particularidades de cada caso en concreto[28]. No obstante, se han fijado unas reglas de interpretación sobre los límites a la jurisdicción indígena encaminadas a desarrollar la premisa prevista en la propia Carta, según la cual el derecho de estas colectividades a ejercer funciones jurisdiccionales según sus usos y costumbres está sujeto a la condición de que no se opongan a la Constitución y las leyes, las que, dada su relevancia, se transcriben in extenso:

“i) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía. La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres – los que deben ser, en

principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones.

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

iii) Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. La interpretación de la ley como límite al reconocimiento de los usos y costumbres no puede llegar hasta el extremo de hacer nugatorio el contenido de éstas por la simple existencia de la norma legal. El carácter normativo de la Constitución impone la necesidad de sopesar la importancia relativa de los valores protegidos por la norma constitucional – diversidad, pluralismo – y aquellos tutelados por las normas legales imperativas. Hay un ámbito intangible del pluralismo y de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas que no puede ser objeto de disposición por parte de la ley, pues se pondría en peligro su preservación y se socavaría su riqueza, la que justamente reside en el mantenimiento de la diferencia cultural. La jurisdicción especial (CP art. 246) y las funciones de autogobierno encomendadas a los consejos indígenas (CP art. 330) deben ejercerse, en consecuencia, según sus usos y costumbres, pero respetando las leyes imperativas sobre la materia que protejan valores constitucionales superiores.

iv) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. Esta regla es consecuente con los principios de pluralismo y de diversidad, y no significa la aceptación de la costumbre contra legem por tratarse de normas dispositivas. La

naturaleza de las leyes civiles, por ejemplo, otorga un amplio margen a la autonomía de la voluntad privada, lo que, mutatis mutandis, fundamenta la prevalencia de los usos y costumbres en la materia sobre normas que sólo deben tener aplicación en ausencia de una autoregulación (sic) por parte de las comunidades indígenas.”[29]

Para el caso que ocupa la atención de la Corte, cobran especial relevancia la segunda y la tercera de las reglas enunciadas, relativas a los derechos fundamentales y a las normas legales imperativas que defienden un valor constitucional superior como límites legítimos al ejercicio de la función jurisdiccional en cabeza de las autoridades indígenas.

Pues bien: los derechos fundamentales han sido catalogados como los bienes más preciados del ser humano[30] y de vieja data la jurisprudencia constitucional ha subrayado que deben ser contemplados como mínimos oponibles en el plano de la jurisdicción especial indígena:

“La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.”[31]

Bajo esta misma impronta, este Tribunal ha anotado que “las comunidades indígenas reclaman la protección de su derecho colectivo a mantener su singularidad cultural, derecho que puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad”[32]. En concreto, se ha hecho especial énfasis en el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud, y el derecho al debido proceso como un mínimo intercultural[33] que resulta insoslayable. A la vez, se ha precisado que los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad se erigen como límites a la autonomía de los pueblos indígenas a la hora de evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen la dignidad humana[34].

En todo caso, cabe resaltar que en el momento en que surge la necesidad imperiosa de dar

aplicación a las reglas de limitación a la justicia indígena, el juez constitucional está llamado a actuar con templanza y guiar su labor de acuerdo con el principio de maximización de la autonomía a que se ha hecho alusión[35]. Esto implica que el remedio judicial a ofrecer debe atender a un criterio de necesidad, según las particularidades de cada controversia, con el fin de optar por la solución menos invasiva posible:

“[A]l ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

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

“b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”[36]

En la misma línea, esta Corporación ha advertido que en ciertos escenarios, el involucramiento de actores externos puede tornarse contraproducente de cara a la autonomía indígena. En dichos casos, como cuando se requiere resolver un asunto jurídico-político interno de la comunidad, se ha dicho que la intervención del juez de tutela está condicionada a que se hayan agotado todos los mecanismos vernáculos y “lo más indicado por parte del juez constitucional es promover el diálogo interno de la comunidad para que los conflictos sean resueltos en el marco de su cosmovisión, normas, usos y costumbres.”[37]

De lo dicho hasta aquí se colige que una de las expresiones de la diversidad y el pluralismo protegidos por el Constituyente es la autonomía de la jurisdicción especial indígena, la cual se constituye, de un lado, en la facultad de las autoridades tradicionales de impartir justicia conforme a sus usos y costumbres, y de otro, en el derecho de los integrantes de estas comunidades a ser juzgados según los parámetros de su propia cultura. No obstante, no se trata de una prerrogativa absoluta y, por lo tanto, debe armonizarse según las circunstancias de cada caso con los principios y derechos consagrados en el Texto Superior, respetando los mínimos que hacen viable el diálogo intercultural entre sistemas jurídicos distintos.

(iv) La justicia transicional como mecanismo para alcanzar la paz y la reconciliación

La paz es un elemento esencial del pacto de convivencia plasmado en la Carta de 1991, en la cual se le contempló con una dimensión compleja: como valor, derecho y deber de obligatorio cumplimiento. Además, es presupuesto para la vigencia del Estado social y democrático de derecho y para la efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas. El respeto por los derechos humanos es condición de posibilidad para la viabilidad de una sociedad fundada en la dignidad humana, el pluralismo y la democracia, por lo cual la búsqueda de la paz “es un objetivo de primer orden dentro del modelo de organización política adoptado por la Constitución”[38].

El fenómeno de la violencia que ha sacudido al país durante muchas décadas ha desencadenado violaciones masivas de derechos humanos que han lesionado a varias generaciones de colombianos. La superación del conflicto social y armado para lograr una convivencia pacífica y el afianzamiento de los valores democráticos es un propósito de toda la colectividad, pero en la consecución de este objetivo no puede olvidarse el sufrimiento de las víctimas y dejarse de lado su derecho a que los responsables de aquellas agresiones sean investigados y juzgados, y a que se reparen los daños infligidos:

“Los Estados tienen el deber jurídico de atender los derechos de las víctimas y con la misma intensidad, la obligación de prevenir nuevos hechos de violencia y alcanzar la paz en un conflicto armado por los medios que estén a su alcance. La paz como producto de una negociación se ofrece como una alternativa moral y políticamente superior a la paz como producto del aniquilamiento del contrario. Por ello, el derecho internacional de los derechos humanos debe considerar a la paz como un derecho y al Estado como obligado a alcanzarla”[39]

De modo que, además de su deber de garantizar la paz frente a los asociados, pesan sobre el Estado compromisos internacionales de cara a la protección de los derechos humanos. Sobre el particular, esta Corte ha sostenido:

“Dentro de este panorama de evolución hacia la protección internacional de los derechos humanos, la comunidad de las naciones ha puesto su atención sobre aquellos Estados en que se adelantan procesos de transición hacia la democracia o de restablecimiento de la paz interna y consolidación de los principios del Estado de Derecho. La comunidad

internacional ha admitido la importancia de alcanzar estos objetivos sociales de Paz, pero ha hecho énfasis en que estas circunstancias de transición no pueden conducir a un relajamiento de las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos. En este contexto, se ha entendido que la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social. La comunidad internacional ha reconocido esta realidad, admitiendo una forma especial de administración de justicia para estas situaciones de tránsito a la paz, a la que ha llamado ‘justicia transicional’ o ‘justicia de transición’, pero no ha cedido en su exigencia de que las violaciones a los derechos fundamentales sean investigadas, enjuiciadas y reparadas, y los autores de las mismas contribuyan a identificar la verdad de los delitos cometidos y reciban algún tipo de sanción.”[40]

Así, las particularidades de un contexto de tránsito hacia la paz, inherentes al ambiente político y social que rodea este proceso, hacen necesaria una concepción de la justicia que concilie la tensión originada entre la aspiración de dejar atrás un pasado convulsionado por la violencia y la reivindicación de que los crímenes cometidos no queden en impunidad. Se trata de una noción singular de justicia que propenda por la garantía efectiva de los derechos de las víctimas a la vez que auspicie la reconciliación en la sociedad, “lo cual exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial sin desconocer las obligaciones internacionales de los Estados en el compromiso universal de respeto a la dignidad y a los derechos humanos, sino permitiendo que se cumplan de manera especial”[41].

Precisamente en este marco de justicia transicional se inscribe la jurisdicción especial para la paz –JEP–, uno de los eslabones más importantes del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición –SIVJRNR– que resultó del Acuerdo Final de Paz celebrado entre el Gobierno y el movimiento FARC-EP; Acuerdo que ha sido considerado por esta Corporación como un instrumento orientado a concretar el valor y el derecho a la paz, irradiado desde la Constitución[42].

Según el Acuerdo Final, “los objetivos del componente de justicia del SIVJRNR son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia, ofrecer verdad a la sociedad colombiana, proteger los derechos de las víctimas, contribuir al logro de una paz estable y duradera, y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno, respecto a hechos cometidos en el marco del mismo y durante este que supongan graves infracciones del Derecho Internacional Humanitario y graves violaciones de los Derechos Humanos.”

Con la finalidad de dotar de plena eficacia lo pactado en el Acuerdo, el Acto Legislativo 01 de 2017 incorporó a la Constitución un título de disposiciones transitorias encaminadas a la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, entre las que se incluyeron las normas relativas a la jurisdicción especial para la paz –JEP–, órgano de carácter judicial encargado de administrar justicia de manera especial respecto de las conductas punibles cometidas en el contexto del conflicto armado, con un enfoque de justicia restaurativa (centrada la dignidad de las víctimas).

Es así que se elevó a rango constitucional la justicia transicional, como instrumento derivado de la negociación entre los actores en conflicto que conlleva la posibilidad de dispensar un tratamiento penal diferenciado a los rebeldes que renuncian a las armas como medio de oposición política, se someten a juzgamiento y se comprometen con los derechos de las víctimas y a contribuir a la construcción de la paz.

La inclusión de estas cláusulas en el texto superior, además de sus implicaciones políticas, tiene relevancia jurídica en el sentido de que la normatividad sobre justicia transicional como mecanismo para alcanzar la paz y la reconciliación en un momento histórico, resulta abrigada por la supremacía de la Constitución, y se le reconoce un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico.

(v) La amnistía y los tratamientos penales especiales para los miembros de las FARC-EP en el marco del Acuerdo de Paz

La Ley 1820 de 2016 desarrolla el Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una Paz estable y duradera, celebrado entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, en lo relativo a los beneficios de amnistía, indulto y tratamientos penales especiales para las personas condenadas, procesadas o señaladas por cometer delitos con

anterioridad a la entrada en vigor del Acuerdo (1º de diciembre de 2016), siempre que aquellas conductas ilícitas se realizaran por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, así como para las conductas cometidas en el marco de disturbios públicos o el ejercicio de la protesta social, y aquellos cometidos durante el proceso de dejación de armas, estrechamente vinculados al mismo.

De acuerdo con dicha ley, la amnistía es “un mecanismo de extinción de la acción penal, disciplinaria, administrativa y fiscal, cuya finalidad es otorgar seguridad jurídica a los integrantes de las FARC-EP o a personas acusadas de serlo, tras la firma del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional y la finalización de las hostilidades”[43], el cual se aplica a los delitos políticos –aquellos en que el sujeto pasivo de la acción es el Estado y su régimen constitucional que son ejecutados sin ánimo de lucro personal- y a los delitos conexos con el delito político, entendiendo por tales a los que se encuentren asociados al desarrollo de la rebelión y que hubiesen sido cometidos con ocasión del conflicto, al igual que las conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

Existen en la ley diferentes hipótesis relativas a los tratamientos penales especiales que se debe otorgar a las personas que se sometan a la misma, según la naturaleza de las conductas investigadas y la etapa en que se hallaren los procesos que se hubiesen adelantado.

Así, por un lado, se consagra la amnistía de iure para los individuos a quienes se les endilgaren en grado de tentativa o consumación los delitos de “rebelión”, “sedición”, “asonada”, “conspiración” y “seducción”, usurpación y retención ilegal de mando, agrupados bajo la categoría de delitos políticos, así como respecto de los considerados delitos conexos con estos, a saber: apoderamiento de aeronaves, naves o medios de transporte colectivo cuando no hay concurso con secuestro; constreñimiento para delinquir; violación de habitación ajena; violación ilícita de comunicaciones; ofrecimiento, venta o compra de instrumento apto para interceptar la comunicación privada entre personas; violación ilícita de comunicaciones o correspondencia de carácter oficial; utilización ilícita de redes de comunicaciones; violación de la libertad de trabajo; injuria; calumnia; injuria y calumnia indirectas; daño en bien ajeno; falsedad personal; falsedad material de particular en documento público; obtención de documento público falso; concierto para delinquir; utilización ilegal de uniformes e insignias; amenazas; instigación a delinquir; incendios;

perturbación en servicio de transporte público colectivo u oficial; tenencia y fabricación de sustancias u objetos peligrosos; fabricación, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones; fabricación, porte o tenencia de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos; perturbación de certamen democrático; constreñimiento al sufragante; fraude al sufragante; fraude en inscripción de cédulas; corrupción al sufragante; voto fraudulento; contrato sin cumplimiento de requisitos legales; violencia contra servidor público; fuga; y espionaje[44].

Se prevé, en todo caso, que la Sala de Amnistía e Indulto podrá considerar como delitos conexos con el delito político otras conductas no enlistadas, en aplicación de los criterios señalados en la ley.

Cabe resaltar que se excluyen de la aplicación de amnistía e indulto (i) los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores[45]; (ii) los delitos comunes que no hubiesen sido cometidos en el contexto y en razón de la rebelión durante conflicto armado, o aquellos cuya motivación haya sido obtener beneficio personal, propio o de un tercero.[46]

Los requisitos para la concesión de la amnistía son del siguiente tenor[47]:

1. Que la providencia judicial condene, procese o investigue por pertenencia o colaboración con las FARC-EP.
2. Integrantes de las FARC-EP tras la entrada en vigencia del Acuerdo Final de Paz con el Gobierno nacional, de conformidad con los listados entregados por representantes designados por dicha organización expresamente para ese fin, listados que serán verificados conforme a lo establecido en el Acuerdo Final de Paz. Lo anterior aplica aunque la providencia judicial no condene, procese o investigue por pertenencia a las FARC-EP.
4. Quienes sean o hayan sido investigados, procesados o condenados por delitos políticos y conexos, cuando se pueda deducir de las investigaciones judiciales, fiscales y disciplinarias,

providencias judiciales o por otras evidencias que fueron investigados o procesados por su presunta pertenencia o colaboración a las FARC-EP. En este supuesto el interesado, a partir del día siguiente de la entrada en vigor de la ley, solicitará al Fiscal o Juez de Ejecución de Penas competente, la aplicación de la misma aportando o designando las providencias o evidencias que acrediten lo anterior.

El procedimiento para el otorgamiento de la amnistía de iure tiene, a su vez, diferentes alternativas, dependiendo de la fase de la investigación o el proceso seguido por las conductas punibles referidas:

(i) quienes no tengan procesos ni condenas y se encuentren en las zonas veredales transitorias de normalización o en los campamentos para dejación de armas, la amnistía aplicará, en virtud de la expedición de un acto administrativo por parte del Presidente de la República, al momento de salir de allí para su reincorporación a la vida civil;

(ii) quienes tengan un proceso en curso por delitos políticos y conexos, la Fiscalía solicitará la preclusión de la investigación ante el juez de conocimiento competente[48];

(iii) quienes tengan una condena por delitos políticos y conexos, el juez de ejecución de penas procederá a aplicar la amnistía.

Como consecuencia de la concesión de la amnistía, no podrán iniciarse contra sus beneficiarios investigaciones penales por aquellos delitos políticos y conexos cometidos antes de la entrada en vigencia del Acuerdo que hayan dado lugar al beneficio[49]. Si ello ocurriera, el implicado podrá alegar su condición de amnistiado según la ley, como causal objetiva de extinción de la acción penal.

Por otro lado, la Ley 1820 de 2016 prevé las amnistías o indultos otorgados por la Sala de Amnistía o Indulto de la jurisdicción especial para la paz, la cual se predica de las conductas respecto de las cuales no es aplicable la amnistía de iure que se hubieren cometido antes del Acuerdo de Paz, siempre y cuando el destinatario haya concluido el proceso de dejación de armas, así como en relación con las conductas estrechamente vinculadas al cumplimiento del proceso de dejación de armas.

Esta forma de amnistía se aplica por recomendación de la Sala de Reconocimiento de

Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas, de oficio o a petición de parte[50], de conformidad con los mismos cuatro requisitos enunciados anteriormente, relacionados con haber sido juzgado por la pertenencia o colaboración con las FARC-EP, figurar en los listados remitidos al Gobierno, haber sido condenado por delitos que cumplan requisitos de conexidad y se haya señalado en la sentencia la pertenencia a la organización, y haber sido investigado o juzgado por delitos políticos y conexos cuando de las investigaciones se infiera la pertenencia o colaboración con dicho movimiento.

La Sala de Amnistía o Indulto concederá amnistías, previa evaluación caso a caso, por delitos políticos o aquellos que se ajusten a los siguientes criterios de conexidad[51]:

- a) Aquellos delitos relacionados específicamente con el desarrollo de la rebelión cometidos con ocasión del conflicto armado, como las muertes en combate compatibles con el Derecho Internacional Humanitario y la aprehensión de combatientes efectuada en operaciones militares, o
- b) Aquellos delitos en los cuales el sujeto pasivo de la conducta es el Estado y su régimen constitucional vigente, o
- c) Aquellas conductas dirigidas a facilitar, apoyar, financiar u ocultar el desarrollo de la rebelión.

En todo caso, están expresamente excluidos de amnistía o indulto las siguientes conductas: (i) los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de Roma[52]; y (ii) los delitos comunes que carezcan de relación con el conflicto armado, o cuya motivación hubiese sido la obtención de un provecho personal, propio o de un tercero[53].

Es pertinente resaltar que lo anterior “no obsta para que se consideren delitos conexos con los delitos políticos aquellas conductas que hayan sido calificadas de manera autónoma como delitos comunes, siempre y cuando estas se hubieran cometido en función del delito político y de la rebelión.”[54]

En el evento en que se profiera resolución que otorgue amnistía o indulto, la decisión se pondrá en conocimiento de la respectiva autoridad judicial que esté conociendo de la causa penal, con el fin de que cumpla lo resuelto y materialice los efectos de extinción de la acción penal, de la responsabilidad penal y de la sanción penal según corresponda. Esta decisión hará tránsito a cosa juzgada y solo podrá ser revisada por el Tribunal para la Paz.

Por el contrario, si la decisión de la Sala de Amnistía e Indulto fuera negativa, las diligencias deberán ser remitidas a la Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas o a la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas, para que de acuerdo con sus competencias adopten la decisión correspondiente.

Ahora bien: las personas que estando privadas de la libertad hayan sido beneficiadas con amnistía o renuncia a la persecución penal conforme a la Ley 1820 de 2016, deben ser liberadas de forma inmediata y definitiva[55].

A su vez, gozarán del beneficio de libertad condicionada los miembros o colaboradores de las FARC-EP que se encuentren privados de la libertad por la comisión de delitos políticos, conexos o que cumplan los requisitos de conexidad previstos en la ley, previa suscripción ante el secretario de la JEP de acta formal de compromiso en la que aceptan ponerse a disposición de dicha jurisdicción y no salir del país sin autorización previa.

No obstante, los autores de conductas punibles que a la entrada en vigencia de la ley no cumplieren los requisitos para recibir amnistía de iure no podrán acceder a este beneficio de libertad condicionada, a menos que hayan cumplido cuando menos 5 años privados de la libertad por los delitos de que se trata; pero si el tiempo de privación de la libertad fuera menor al señalado, aquellas personas serán trasladadas a las zonas veredades transitorias de normalización (ZVTN), para permanecer allí bajo vigilancia del INPEC hasta la entrada en funcionamiento de la JEP, momento en el cual quedarán en libertad condicional a disposición de esta justicia especial, siempre y cuando hayan suscrito el acta de compromiso antes mencionada.

Corresponde a la autoridad judicial que esté conociendo el proceso penal dar cumplimiento a las disposiciones enunciadas en lo que respecta a la excarcelación de los procesados, dependiendo de la etapa en que se hallare el proceso y la ley penal aplicable: se solicitará

por la fiscalía ante el juez de control de garantías cuando la privación tenga como base una medida de aseguramiento, y si ya existiere una condena por delitos políticos o conexos, o por conductas relacionadas con disturbios internos o el ejercicio del derecho a la protesta social, la verificación de los requisitos para autorizar la libertad estará en cabeza del juez de ejecución de penas.

Respecto de los autores de delitos no amnistiabiles cometidos en el marco del conflicto armado y con ocasión, causa o relación directa o indirecta con este, también se aplicará lo señalado en cuanto al régimen de libertades y al sometimiento a la JEP, hasta cuanto esta justicia especial imponga las sanciones correspondientes.

En todo caso, la JEP puede llegar a revocar, de conformidad con el principio de proporcionalidad, la libertad de las personas que desatiendan las obligaciones asumidas en el acta formal de compromiso, habida cuenta de que el reconocimiento de este beneficio (la libertad condicionada) “indudablemente debe estar mediado por un condicionamiento irrenunciable, concerniente a la garantía de los derechos de las víctimas, mediante la contribución sustancial de los beneficiarios, en materia de verdad, reparación y no repetición en el marco del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.”[56]

Resulta oportuno subrayar que la Corte encontró compatible con la Constitución el artículo 38 de la Ley 1820 de 2016, conforme al cual “[t]odo lo previsto en esta ley será de aplicación para las personas, conductas, delitos y situaciones en ella prevista, cualquiera que sea la jurisdicción ante la cual hayan sido condenados, estén siendo investigados o procesados.”[57]

Adicionalmente, la amnistía y la renuncia a la persecución penal producen como efectos la extinción de la acción y la sanción penal principal y las accesorias, la acción de indemnización de perjuicios derivada de la conducta punible, y la responsabilidad derivada de la acción de repetición cuando el beneficiario haya cumplido funciones públicas, así como la extinción de las investigaciones disciplinarias y fiscales. Lo anterior, sin perjuicio del deber del Estado de satisfacer el derecho de las víctimas a la reparación integral en concordancia con la Ley 1448 de 2011 y sin perjuicio de las obligaciones de reparación que sean impuestas en cumplimiento de lo establecido en el Sistema Integral de Verdad,

Justicia, Reparación y no repetición.

Empero, tratándose de la cesación de procedimiento, la suspensión de la ejecución de la pena y demás decisiones encaminadas a definir la situación jurídica del interesado, será la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas la que resuelva sobre la extinción de la acción penal, de la acción de indemnización de perjuicios, y de la extinción de la responsabilidad disciplinaria y fiscal.

De lo anterior se concluye que, en virtud del Acuerdo de Paz, el legislador previó unos tratamientos penales especiales para los miembros de las FARC-EP, en el marco de las medidas de justicia transicional que se hallan a la base de la negociación entre el Estado y dicha organización para la superación del conflicto armado.

Tales tratamientos especiales pueden operar por ministerio de la ley o por la determinación que sobre cada caso en particular adopte la justicia especial para la paz, teniendo en cuenta variables como las calidades subjetivas de los procesados –en tanto integrantes o colaboradores de las FARC-EP–, la etapa en que se encuentre el proceso penal y la naturaleza de las conductas punibles y su relación con el conflicto.

(vi) El marco normativo vigente para la resolución de conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción especial para la paz

El Acto Legislativo 01 de 2017, “por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera”, prescribió originalmente en su artículo 1, artículo transitorio 9, que los conflictos de competencia entre cualquier jurisdicción y la JEP serían dirimidos por mayoría simple a través de una sala incidental conformada por tres magistrados de la Corte Constitucional elegidos por esta y tres magistrados de las salas o secciones de la JEP no afectadas por dicho conflicto jurisdiccional, elegidos por la plenaria de esta jurisdicción especial. En caso de no alcanzarse la mayoría –preveía la norma– resolvería el presidente de la JEP, en atención al carácter preferente de esta jurisdicción.

A renglón seguido, la mencionada disposición señalaba que las colisiones de competencia entre la JEP y la jurisdicción especial indígena serían decididas también por mayoría simple mediante una sala incidental integrada por dos magistrados de la jurisdicción de paz

pertenecientes a las salas o secciones que no estuvieron afectadas por el conflicto y dos autoridades tradicionales indígenas que estuvieran conociendo el caso concreto. De igual forma, se disponía que en el evento de no lograrse la mayoría exigida el presidente de la JEP definiera el asunto, dada su competencia prevalente.

Sin embargo, las referidas fórmulas para la resolución de conflictos de competencia que involucran a la JEP fueron declaradas inexecutable mediante sentencia C-674 de 2017[58], en razón a que dicho régimen –según lo entendió esta Corte– sustituía la independencia judicial, en tanto suponía dejar en manos de una de las jurisdicciones (refiriéndose a la JEP, en cabeza de su presidente) la potestad última de resolver tales conflictos.

Estimó la Sala Plena que esta singular atribución infringía la imparcialidad en la resolución de las controversias como principio fundamental de la separación de poderes particularmente en materias de gran relevancia para víctimas y procesados, por lo cual se imponía su exclusión del ordenamiento.

En principio, los conflictos entre jurisdicciones deben ser dirimidos por la Corte Constitucional, de conformidad con la reforma al Texto Superior introducida por el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional”, en virtud de la cual se relevó de dicha función a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura[59], cuya función jurisdiccional disciplinaria fue trasladada –además– a las recién creadas Comisión Nacional de Disciplina Judicial y Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, conforme al artículo 19 de la citada reforma constitucional.

No obstante, la asunción por parte de este Tribunal constitucional de la función genérica de dirimir conflictos de competencia entre jurisdicciones ha quedado condicionada a la cesación definitiva en sus labores de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el consecuente inicio de operaciones por parte de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en atención al parágrafo transitorio 1º del artículo 19 del Acto Legislativo 02 de 2015 que dispone que “los actuales magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”. Así lo ha sostenido esta Corporación a partir del Auto 278 de 2015[60], cuyas reglas fueron

posteriormente reiteradas en los Autos 309 de 2015[61], 504 de 2015[62] y 084 de 2016[63].

Cabe anotar que por sentencia 2016-00480 del 6 de febrero de 2018[64] la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad por inconstitucionalidad del Acuerdo mediante el cual el Consejo Superior de la Judicatura reglamentó la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, por desconocer los artículos 6º, 121, 126, 256 y 257 de la Carta[65], de lo cual se desprende que a la fecha no se han elegido –y menos aún, posesionado– los miembros que integrarán dicha corporación.

Ahora bien: aunque la función genérica de conocer los conflictos entre jurisdicciones sigue estando hoy en día en cabeza de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura –en tanto no ha cesado en el ejercicio de sus funciones–, tratándose de los conflictos que involucran a la jurisdicción especial para la paz existe una circunstancia especial que habilita a la Corte Constitucional para dirimir tales colisiones entre jurisdicciones.

En efecto, en la sentencia C-674 de 2017[66] citada en precedencia, al declarar la inconstitucionalidad del esquema especial originalmente previsto en el Acto Legislativo 01 de 2017 para la resolución de conflictos entre la JEP y otras jurisdicciones, la Sala Plena de esta Corporación especificó que dichos asuntos se deben sujetar al régimen general establecido en la Constitución y la ley, y precisó que los mismos deberán ser resueltos por la Corte Constitucional[67].

En este sentido, al asumir esta Corte el conocimiento de un conflicto de jurisdicción que involucraba a la JEP, en el auto A-345 de 2018, se señaló:

“[D]ebe tenerse en cuenta que en atención a la creación de la Jurisdicción Especial para la Paz a través del Acto Legislativo 01 de 2017, la función de dirimir los conflictos de competencia suscitados entre cualquiera de las autoridades que administran justicia y los órganos que conforman dicha jurisdicción especial, serán solucionados por la Corte Constitucional, ya que la función de resolver los conflictos de jurisdicciones que mantiene la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura únicamente opera para las controversias que en algún momento fueron de su competencia, según lo explicó el

Pleno de esta Corporación en la Sentencia C-674 de 2017.”[68]

La misma postura fue reiterada recientemente por la Sala Plena en el auto A-401 de 2018[69], al reafirmar la competencia de la Corte Constitucional para resolver los conflictos de jurisdicción en los que la JEP es una de las autoridades envueltas en la colisión:

“La creación de la Jurisdicción Especial para la Paz tuvo lugar merced al A.L. 01/17 y fue diseñada como parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No repetición (SIVJRNR); a partir del Capítulo III, artículo transitorio 5º de la citada reforma, el constituyente reguló la materia. Lo relacionado con el conflicto de competencias entre esta jurisdicción y las demás hacía parte del artículo transitorio 9º declarado inexecutable (Sentencia C-674/17).

“La Corte Constitucional, al adoptar esta decisión, determinó que la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura seguirá conociendo de los conflictos de competencia entre las distintas jurisdicciones, respecto de controversias que fueron de su competencia, en los términos del Auto 278 de 2015, mas no de las suscitadas en asuntos en los cuales sea parte la Jurisdicción Especial para la Paz, pues respecto de éstas se aplicarían las previsiones del artículo 241-11 de la Constitución Política.”

Así las cosas, se concluye que, de acuerdo con el marco normativo vigente, los conflictos de jurisdicción en los que esté involucrada la jurisdicción especial para la paz son del conocimiento de la Corte Constitucional, al paso que los demás conflictos que se presenten entre las otras jurisdicciones deben ser dirimidos, por ahora, por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, hasta el momento en que se integre la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

4. Caso concreto

4.1. Examen en torno a la procedencia de la acción

Como medida inicial, corresponde a la Corte establecer si en el caso bajo estudio se encuentra debidamente demostrada la procedencia de este mecanismo excepcional de protección que es la acción de tutela.

En el asunto que nos ocupa, el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez promovió a nombre propio

demanda constitucional de amparo para la salvaguarda de su derecho fundamental al debido proceso, el cual estima vulnerado por cuanto no se ha procedido a su traslado a las zonas veredales transitorias de normalización para integrantes de las FARC-EP, con el fin de luego ser sometido a la jurisdicción especial para la paz. Según el artículo 86 de la Carta, “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales...”, por lo cual se cumple con el presupuesto de legitimación en la causa por activa.

Es de principal relevancia precisar en este momento que el presunto hecho vulnerador tiene su génesis en la negativa de las autoridades tradicionales indígenas a autorizar el traslado solicitado, bajo el argumento de que el accionante fue juzgado y condenado como comunero indígena por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas.

Así, aunque el peticionario dirigió su demanda contra una serie de instituciones y organizaciones, a saber: la Presidencia de la República, los Gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, el Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación, el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP-, el Alto Comisionado para la Paz, el movimiento político FARC, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca -ACIN-, la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, el Consejo Regional Indígena del Cauca -CRIC-, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho, se puede identificar, sin ambages, que su descontento radica en la determinación de las autoridades indígenas en relación con su traslado y puesta a disposición de la JEP, pues ningún reproche se formula -ni se desprende del libelo- contra las demás entidades que integran el extremo pasivo, por lo cual se impone su desvinculación.

Aclarado este punto, cabe señalar que se encuentra acreditada la legitimación en la causa por pasiva en relación con las autoridades indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, en razón a la evidente desventaja en que se halla el actor en tanto miembro de la colectividad respecto de la cual aquellas ejercen autoridad, además de su situación de privación de la libertad por la condena impuesta por las mismas.

Por otro lado, se satisface también el requisito de inmediatez que caracteriza a la acción de

tutela, comoquiera que el Acuerdo Final de Paz fue suscrito el 24 de noviembre de 2016, refrendado por el Congreso de la República el 30 de los mismos mes y año, y de allí en adelante se dio paso a la fase de ejecución de lo pactado, entre lo cual se incluye la expedición de la Ley 1820 de 2016 publicada en el Diario Oficial No. 50.102 de 30 de diciembre de 2016 y, más tarde, la concentración de los desmovilizados miembros de las FARC-EP en las zonas veredales transitorias de normalización, durante el mes de febrero de 2017[70]. El escrito de tutela fue radicado alrededor de 3 meses después, el 9 de mayo de 2017[71], tiempo que no se aprecia desproporcionado teniendo en cuenta las circunstancias de privación de la libertad del accionante y que durante el lapso que transcurrió desplegó otras actuaciones tendientes a conseguir su traslado, tales como la petición elevada ante las autoridades indígenas el 26 de febrero de 2017, contestada por oficio del 29 de marzo de 2017[72], y la solicitud ante la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, respondida por oficio del 3 de abril de 2017[73].

Adicionalmente, acogiendo la jurisprudencia constitucional sobre la subsidiariedad en este ámbito particular, se observa que el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez no cuenta con otros medios de defensa judicial para impugnar las decisiones de las autoridades indígenas que les resulten desfavorables.

Reunidas entonces las condiciones mínimas de procedencia, es viable acometer el estudio de fondo de la controversia.

4.2. Análisis de fondo: sobre el derecho fundamental al debido proceso de que es titular el ciudadano Jhon Jairo Mayorga Suárez y los límites constitucionales a la autonomía de la jurisdicción especial indígena

La Sala se concentrará ahora en el estudio de mérito de la solicitud de amparo. Con el objetivo de fijar con claridad los contornos del presente asunto, no está demás reiterar que la demanda de tutela que nos ocupa no reprocha la forma en que al interior de las comunidades indígenas se surtió el proceso penal que culminó con la condena del actor, ni se le endilga vicio alguno a la sentencia misma. La censura constitucional se contrae al hecho de que no se ha efectuado el traslado del accionante a las zonas veredales transitorias de normalización, al que considera tener derecho por su alegada condición de excombatiente de las FARC-EP, en donde podría continuar cumpliendo su pena hasta ser

sometido a la jurisdicción especial para la paz.

Conviene precisar, de entrada, que contrario a lo sostenido por un sector de los intervinientes e incluso por el juez constitucional de primera instancia, el asunto sub júdice no envuelve un conflicto de competencia entre jurisdicciones, habida cuenta de que, como es apenas lógico, la colisión de jurisdicciones lleva implícita una condición básica consistente en el enfrentamiento o choque entre las autoridades involucradas respecto de cuál de ellas es la llamada a resolver determinado asunto, lo cual supone que ambas, a la vez, hayan reclamado para sí o hayan repelido el conocimiento del mismo.

En el litigio bajo estudio, no cabe duda de que la jurisdicción especial indígena ha fijado una postura frente al caso en el sentido de reclamar para sí la competencia; sin embargo, se advierte que en ningún momento ha habido un pronunciamiento por parte de la jurisdicción especial para la paz sobre el particular. Ante tal ausencia de manifestación por parte de una de las autoridades que, eventualmente, podría considerarse competente frente al asunto, salta a la vista que no se ha suscitado conflicto jurisdiccional alguno, por no existir criterios antagónicos entre las autoridades concernidas como presupuesto clave de la colisión.

Precisado lo anterior, corresponde determinar entonces si la negativa al traslado del accionante a las zonas veredales transitorias de normalización junto con su consecuente sometimiento a la jurisdicción especial para la paz, constituye una vulneración de su derecho fundamental al debido proceso, y si el ejercicio jurisdiccional previo por parte de las autoridades indígenas excluye que el caso sea examinado a la luz de la justicia transicional, teniendo en cuenta que el actor afirma ser parte del grupo FARC-EP, el cual tomó parte en el conflicto armado y suscribió un Acuerdo de Paz.

Primeramente, para la Sala está fuera de debate que el reconocimiento que hace el Texto Superior de la autonomía de los pueblos indígenas y su jurisdicción especial es la fuente directa de la facultad con que estaban investidas las autoridades tradicionales de San Francisco, Tacueyó, Toribío y Jambaló para enjuiciar a un miembro de la comunidad y reprenderlo, conforme a sus usos y costumbres, por una conducta punible que tuvo lugar en su territorio ancestral y que lesionó sensiblemente a la colectividad. Sin lugar a dudas, los métodos propios para la instrucción del proceso, el reproche por el daño infligido con el

delito, los mecanismos para la toma de decisiones y la imposición de un castigo acorde a sus tradiciones están cobijados por la Constitución como plena manifestación de su derecho fundamental a impartir justicia.

Ahora bien: la tensión entre la autonomía jurisdiccional indígena, de un lado, con el derecho al debido proceso y la justicia transicional, de otro, surge del hecho de que, además de ser miembro de la comunidad indígena, el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez alega que concurre en él una circunstancia subjetiva, la de ser integrante de las FARC-EP, que, según aduce, lo haría acreedor de los tratamientos penales especiales derivados del Acuerdo de Paz celebrado entre el Estado colombiano y dicho movimiento, frente a lo cual las autoridades indígenas insisten en que el citado no fue sancionado por ser miembro de la guerrilla, sino por haber generado desarmonía con el asesinato del sabio ancestral, el cual no consideran que sea un delito político o conexo.

Sobre este específico punto, es claro que el juez constitucional no es la autoridad llamada a calificar la conducta delictiva y a determinar si, en efecto, el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez reúne las condiciones para recibir los tratamientos especiales otorgados por el ordenamiento jurídico a los miembros de las FARC-EP, pues, como se describió en precedencia, la valoración de los eventos en los que cabe la aplicación de lo previsto en la Ley 1820 de 2016 es una atribución propia de la jurisdicción especial para la paz.

En esa medida, las pruebas recaudadas durante el trámite de tutela merecen ser evaluadas por la JEP en aras de dilucidar si las mismas apuntan a que el actor pudo estar vinculado de alguna forma con la organización a que se alude, y si los hechos por los que fue juzgado podrían tener algún grado de relación con su presunta pertenencia a la misma.

En esa línea se encuentran, por ejemplo, (i) el oficio remitido a la Corte por parte de la Oficina del Alto Comisionado para la Paz, en el cual informó que “de conformidad con el principio de confianza legítima aceptó el nombre de JHON JAIRO MAYORGA SUÁREZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 1012410718 como miembro integrante de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –Ejército Popular- (FARC-EP)”[74], junto con la copia de la Resolución 002 del 23 de marzo de 2017, en la que el Gobierno aceptó el listado de miembros entregado por el delegado de dicha agrupación, donde efectivamente figura el accionante[75]; (ii) la sentencia del 29 de abril de 2013, mediante la cual las

autoridades indígenas condenaron al actor a 40 años de prisión por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas; y, (iii) la Resolución del 4 de diciembre de 2017, proferida por el Tribunal Indígena Nasa –cuya copia publicada en el diario oficial del 11 de diciembre de 2017 fue aportada en sede de revisión–.

Sin entrar a hacer valoraciones sobre dichas pruebas, la Sala destaca que en este caso particular concurren circunstancias especialísimas consistentes en que, de forma posterior al ejercicio jurisdiccional por parte de las autoridades indígenas, surgieron ciertas condiciones originadas en la celebración de un acuerdo de paz, a partir de las cuales se configuró un orden jurídico constitucional que da paso a que determinadas conductas delictivas sean sometidas a la justicia de transición, como medio para hacer efectivo el imperativo de la paz y lograr la reconciliación a través de un proceso de verdad, justicia, reparación y no repetición.

La jurisdicción especial para la paz es la llamada a analizar entonces, en tanto nuevo juez natural respecto de las violaciones a la ley enmarcadas en la negociación, si la causa penal a que se alude tiene algún grado de relación con la participación del accionante en las FARC-EP, si el acto punible sucedió en el contexto del conflicto armado, si hubo o no móviles políticos que lo vinculen de alguna manera con las acciones de beligerancia desarrolladas por la mencionada agrupación, etc.

En ese sentido, aunque no se refute la validez del tratamiento dado por las autoridades indígenas al delito cometido por el actor –quienes conforme a su derecho autóctono examinaron el suceso en clave de la grave desarmonía ocasionada a la colectividad por la muerte violenta del sabio ancestral–, no puede desconocerse que las circunstancias que circunscriben al autor y al entorno en que tuvo lugar la conducta abren un margen de interpretación sobre los hechos que hace pertinente a que la JEP examine si el asunto está dentro de su ámbito de competencia, a fin de evaluar la aplicabilidad de la justicia transicional derivada del Acuerdo de Paz y sus beneficios correlativos para el reo. De lo contrario, se frustraría por completo el propósito que inspira la justicia transicional como instrumento para lograr el tránsito hacia la consolidación de la paz, consagrada en nuestro régimen constitucional como valor, derecho y deber de obligatorio cumplimiento.

Como se señaló en las consideraciones generales de esta sentencia, los derechos

fundamentales y las normas legales imperativas que protegen un valor superior son límites constitucionalmente válidos al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de las autoridades indígenas.

En criterio de la Sala, en el caso bajo estudio tales límites se proyectan, respectivamente, en el derecho fundamental al debido proceso que le asiste al señor Jhon Jairo Mayorga Suárez para que se evalúe la viabilidad de dispensarle el tratamiento jurídico-penal más favorable previsto para miembros de las FARC-EP si se llega a comprobar que reúne los requisitos para ello (artículo 29 inc. 3º C.P.), y en el marco normativo del Acuerdo Final para la Paz elevado a rango constitucional, de acuerdo con la fundamentación que enseguida pasa a desarrollarse:

La jurisprudencia de este Tribunal ha sido prolífica en materia de protección al debido proceso de miembros de comunidades indígenas[76], bajo la premisa de que el respeto por esta garantía fundamental es un límite insoslayable, dado su valor para todos los seres humanos más allá de la cultura a la que pertenezcan:

“El derecho al debido proceso y el de legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas hacen parte de los límites que, según lo descrito por la jurisprudencia constitucional, son susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisprudencial de las comunidades indígenas, pues hacen parte de aquellos que se encuentren referidos ‘a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre’”[77]

En la misma dirección, se ha sostenido que, si bien la autonomía en materia de normas y procedimientos es un eje axial de la jurisdicción especial indígena, el ejercicio de la misma encuentra una frontera legítima en los contenidos normativos del artículo 29 superior, que definen el núcleo esencial del derecho al debido proceso:

“El derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas que la realizan según “sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley” (CP art. 246). Cualquiera sea el contenido de las disposiciones jurídicas internas de las comunidades indígenas, éstas deben respetar los derechos y principios contenidos en el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 29 de la

Carta. En efecto, el derecho fundamental al debido proceso garantiza los principios de legalidad, de imparcialidad, de juez competente, de publicidad, de presunción de inocencia y de proporcionalidad de la conducta típica y de la sanción, así como los derechos de defensa y contradicción. El desconocimiento del mínimo de garantías constitucionales para el juzgamiento y sanción equivale a vulnerar el derecho fundamental al debido proceso.”[78] (se subraya)

Así, en cuanto al debido proceso como límite a la autonomía jurisdiccional indígena, la jurisprudencia constitucional ha enunciado los siguientes referentes obligatorios: legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas, respeto por la presunción de inocencia, garantía del derecho de defensa, proscripción de la responsabilidad objetiva y principio de culpabilidad individual, garantía del principio de non bis in idem, no obligatoriedad de la segunda instancia, y proporcionalidad y razonabilidad de las penas. Sin embargo, entendiendo el derecho al debido proceso como una norma tipo principio, su estructura indeterminada impide agotar sus posibilidades de concreción en un listado taxativo.

Al acudir al artículo 29 constitucional como fuente para analizar las garantías que están comprendidas dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, el inciso 3º contempla el principio de favorabilidad en los siguientes términos: “En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Esta dimensión del derecho al debido proceso en el marco de las actuaciones seguidas ante la jurisdicción especial indígena fue puesta de relieve, por ejemplo, en la sentencia T-1294 de 2005[79], en la cual se convalidó la condena de 40 años por homicidio agravado impuesta por las autoridades tradicionales a un comunero paez, según los usos de la comunidad; empero, en dicha oportunidad se moduló la sentencia indígena en el sentido de permitir beneficios durante la condena como la rebaja de pena y la libertad antes del cumplimiento de la sanción, pues se consideró que la exclusión de los mismos sí traspasaba el límite fijado por el orden jurídico colombiano.

En el caso bajo estudio, si bien la calidad de comunero indígena del accionante dio lugar a que su infracción fuera juzgada en su momento conforme al derecho consuetudinario de la comunidad nasa, ocurre que su presunta calidad de excombatiente de las FARC-EP, sumada

al estatus constitucional que por virtud del Acto Legislativo 01 de 2017 se les otorgó a las normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera, son factores determinantes para efectos de considerar, con fundamento en el derecho al debido proceso y en la especial naturaleza de la justicia transicional como instrumento de transición para la paz, la alternativa de que su causa sea evaluada por la justicia especial para la paz, con la eventual posibilidad de que allí se le apliquen los tratamientos penales más favorables previstos en la Ley 1820 de 2016, si es que hay lugar a ello.

En este punto, es importante tener en cuenta que la JEP, la cual inició con sus funciones desde el 15 de marzo de 2018[80], no está desprovista de un enfoque étnico. En efecto, el Acuerdo 001 del 9 de marzo de 2018, por medio del cual la plenaria de la jurisdicción especial para la paz adoptó su reglamento general, incluyó mecanismos de articulación y coordinación entre esa jurisdicción y las justicias étnicas, con base en los principios de a) integralidad, complementariedad y reciprocidad; b) no discriminación; c) no regresividad ni vulnerabilidad a los derechos colectivos étnicos; d) garantía de libre determinación, la autonomía y el gobierno propio; e) reconocimiento y respeto de las autoridades tradicionales y prácticas de justicia propia; f) pluralismo jurídico; g) respeto y fortalecimiento de la territorialidad; h) justicia restaurativa con enfoque étnico-racial; i) garantías de participación efectiva y el reconocimiento de un impacto diferenciado y desproporcionado del conflicto sobre los pueblos y comunidades indígenas, negras, afrodescendientes, raizales, palenqueras y Rom[81].

Lo anterior se acompasa con la iniciativa de las autoridades indígenas en cuanto al establecimiento de canales de diálogo jurisdiccional intercultural, plasmada en la propuesta de Protocolo para la coordinación entre la jurisdicción especial para la paz y la jurisdicción especial indígena remitida a la JEP por el Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC– y aportada al expediente en sede revisión, conforme a la cual se prevé un procedimiento de estudio conjunto entre ambas jurisdicciones de los procesos relativos a comuneros indígenas que aparezcan en los listados de integrantes de las FARC-EP o que hayan cometido hechos victimizantes contra miembros de la comunidad relacionados con el conflicto armado.

Desde esta perspectiva, se observa que propiciar la valoración de la causa penal del actor

por parte de la JEP, para que determine si tiene o no competencia, no se revela como una intromisión desproporcionada en la justicia indígena, comoquiera que “las garantías constitucionales al debido proceso y de defensa hacen parte integrante tanto de los procesos que se siguen por las autoridades nacionales como por aquellas autoridades que tienen una jurisdicción especial”[82], a lo que se suma que la justicia de transición está encaminada a la realización de principios superiores como la paz y la garantía de los derechos de las víctimas, y atendiendo las reglas jurisprudenciales que determinan las condiciones para restringir la autonomía de las comunidades, la mencionada medida:

(a) es necesaria para salvaguardar intereses de superior jerarquía, como son el derecho fundamental al debido proceso del comunero en su dimensión de favorabilidad penal, y el cumplimiento de las disposiciones constitucionales dedicadas al Acuerdo Final para la Paz como instrumento para la superación del conflicto, la reconciliación y la reivindicación de la dignidad de las víctimas, y

(b) se aprecia como mínimamente gravosa de la autonomía reconocida a las comunidades indígenas, teniendo en cuenta que las autoridades tradicionales de los resguardos de San Francisco, Tacueyó, Toribío y Jambaló procesaron al comunero y lo sancionaron en pleno ejercicio de su derecho a juzgar a sus miembros de acuerdo con sus usos y costumbres, al paso que no se denuncia en momento alguno que en dicha labor hubiesen sufrido intromisiones de personas o entidades ajenas a las comunidades afectadas por los hechos. Tampoco se pretende en esta instancia –valga la salvedad– emitir un juicio de valor o de corrección sobre la manera en que impartieron justicia, ni cuestionar la legitimidad de la condena impuesta al accionante, y aún en la hipótesis en que el caso resultare ser del resorte de la justicia especial de paz, a las autoridades indígenas deberá garantizárseles un espacio de participación en dicha instancia.

Se insiste: el derecho en cabeza de los pueblos indígenas a administrar justicia de manera autónoma no es absoluto y, en este caso, rehusar las garantías procesales que le asisten al reo y tornar nugatorio el mandato encomendado a la justicia especial para la paz junto con los principios superiores que la sustentan, sí se muestra como una postura opuesta a la Constitución.

Como lo ha subrayado esta Corporación, “[e]l derecho colectivo de las comunidades

indígenas, a mantener su singularidad, puede ser limitado sólo cuando se afecte un principio constitucional o un derecho individual de alguno de los miembros de la comunidad o de una persona ajena a ésta, principio o derecho que debe ser de mayor jerarquía que el derecho colectivo a la diversidad.”[83]

Es oportuno recordar, asimismo, lo expuesto en precedencia en cuanto a que esta Corte declaró exequible el artículo 38 de la Ley 1820 de 2016, conforme al cual “[t]odo lo previsto en esta ley será de aplicación para las personas, conductas, delitos y situaciones en ella prevista, cualquiera que sea la jurisdicción ante la cual hayan sido condenados, estén siendo investigados o procesados” (se subraya).

Trasladándolo a términos de ponderación entre principios, se advierte que en el caso concreto el grado en que se podría ver afectada la autonomía de la jurisdicción indígena al permitir que la conducta de uno de sus comuneros sea valorada por la JEP –con el fin de establecer si el delito cometido por él tuvo o no relación con el conflicto armado–, encuentra justificación en el mayor grado con que ello satisface la garantía fundamental del debido proceso (principio de favorabilidad penal) del accionante y, simultáneamente, dicha opción viabiliza la potencial realización de otros principios de jerarquía constitucional inherentes a la búsqueda de la paz en un contexto de justicia transicional, tales como el reconocimiento de la responsabilidad, el esclarecimiento de la verdad sobre lo ocurrido, la construcción de la memoria histórica, entre otros.

En definitiva, la Sala considera que, dadas las particularísimas características del caso, poner a disposición de la jurisdicción especial para la paz al señor Jhon Jairo Mayorga Suárez para que se evalúe la viabilidad de someterlo a los tratamientos penales especiales para miembros de las FARC-EP constituye una intervención menor, excepcional y constitucionalmente admisible en la autonomía de la jurisdicción tradicional indígena, la cual, de todas maneras, cuenta con la oportunidad para tomar parte en dicha instancia, a través de los mecanismos de articulación y coordinación correspondientes.

Cabe aclarar que esta conclusión se desprende de la relación de precedencia establecida para el caso concreto entre el principio de autonomía jurisdiccional indígena, de un lado, y de otro, el principio de favorabilidad penal como expresión del derecho fundamental al debido proceso, y de la paz como valor, derecho y deber de obligatorio cumplimiento,

presupuesto para la vigencia del Estado social y democrático de derecho y para la efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas –y especialmente, de las víctimas del conflicto–, en el marco excepcional de la justicia transicional, lo cual implica que no en cualquier evento un comunero indígena podrá invocar el principio de favorabilidad penal como fundamento para sustraerse de la jurisdicción especial indígena con el fin de obtener un trato más benévolo, por ejemplo, en la jurisdicción ordinaria.

4.3. Conclusión y remedio judicial

Conforme a la panorámica que ofrecen las anteriores consideraciones, una solución jurídica que no implica avasallar la autonomía del pueblo indígena nasa ni invadir la competencia de la jurisdicción especial para la paz, es la de disponer la valoración de la causa penal del señor Jhon Jairo Mayorga Suárez por parte de la JEP, con la aclaración de que si se llegan a encontrar reunidas las condiciones para su intervención, esta deberá recurrir a todos los mecanismos de articulación y coordinación con la justicia especial indígena para definir la situación jurídica del accionante– en el sentido de determinar si son aplicables los tratamientos penales especiales para miembros de las FARC-EP previstos en la Ley 1820 de 2016–, garantizando espacios de diálogo jurisdiccional intercultural que permitan tomar en consideración los planteamientos de la comunidad indígena, antes de promover un conflicto de jurisdicciones.

Esta determinación se hace necesaria y pertinente en razón a que, si bien las autoridades tradicionales manifestaron a la Corte que el actor se encuentra actualmente en un centro de armonización indígena y que “el 20 de febrero de 2018 se realizó asamblea comunitaria en la vereda Barondillo del resguardo de Jambaló en la cual la asamblea mandató conceder beneficios al comunero Jhon Jairo Mayorga Suárez”, tras verificar la copia del acta de dicha asamblea[84] se constata que en esa oportunidad, tras las intervenciones del actor y de la familia del extinto Venancio Taquinas, se ratificó la sanción y se negó la aplicación de la Ley 1820 de 2016 con el argumento de privilegiar el derecho propio.

Vale aclarar, además, que la presencia del secretario ejecutivo de la JEP en la referida audiencia no puede asimilarse sin más a una convalidación de lo resuelto por parte de la justicia especial para la paz, toda vez que el mismo estuvo allí como “invitado” para socializar la estructura de la JEP y en ese momento no había comenzado el funcionamiento

de esta jurisdicción.

Entre tanto, y teniendo en cuenta las previsiones para el desmonte de las zonas veredales de conformidad con el Decreto 580 del 28 de marzo de 2018 –según el cual el 30 de junio de 2018 figura como la fecha límite para el aprovisionamiento de los excombatientes allí concentrados a cargo del Estado–, hasta que se adopte una decisión definitiva sobre su sometimiento o no a la JEP, el actor permanecerá en custodia de las autoridades indígenas, purgando la pena impuesta en el centro de armonización designado por ellas.

De esa manera, en el presente caso no se socava la autonomía indígena en tanto no se sustrae al comunero de la aplicación de las normas y procedimientos tradicionales de su comunidad, sino que se le garantiza el derecho fundamental al debido proceso (en su dimensión del principio de favorabilidad penal), a la vez que se traza un horizonte para la factibilidad del Acuerdo de Paz bajo la articulación y coordinación entre las dos jurisdicciones.

La Sala Novena de Revisión procederá, entonces, a revocar parcialmente el fallo del 19 de octubre de 2017, por el cual el Consejo de Estado –Sección Cuarta– concedió el amparo invocado y ordenó “a la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco –Proyecto Nasa– que se abstenga de impedir el traslado de Jhon Jairo Mayorga Suárez, en condición de privado de la libertad, a la zona veredal transitoria de normalización de Buenavista en el municipio de Mesetas, o la que haya lugar”, por cuanto semejante determinación significó una extralimitación por parte del juez constitucional en el sentido de arrogarse la atribución de determinar aspectos relativos a la situación jurídica del actor cuya resolución corresponde a la jurisdicción especial para la paz, previa evaluación del caso.

En su lugar, se ordenará la valoración de la causa penal del señor Jhon Jairo Mayorga Suárez por parte de la JEP, teniendo en cuenta lo expuesto en esta sentencia en referencia a la participación de la jurisdicción especial indígena.

Adicionalmente, se dispondrá que el actor continúe ejecutando su sentencia bajo vigilancia de las autoridades tradicionales indígenas, hasta el momento en que se adopte una decisión definitiva sobre su situación jurídica, es decir, hasta cuando se defina si su caso es susceptible de ser conocido por la JEP, y en el evento de que así sea, hasta que se

determine cuál es el tratamiento que corresponde impartirle.

5. Síntesis de la decisión

En esta oportunidad la Corte examinó la solicitud de amparo constitucional promovida por un comunero indígena para la protección de su derecho fundamental al debido proceso, en vista de que fue condenado por la jurisdicción especial indígena por el delito de homicidio a 40 años de prisión, no obstante lo cual adujo que, como miembro de las FARC-EP, es beneficiario de los tratamientos penales especiales previstos en el Acuerdo de Paz para los excombatientes de esa organización, por lo que solicitó que se efectuara su traslado desde el centro de reclusión del INPEC donde se encontraba confinado a las zonas veredales transitorias de normalización, con el fin de seguir purgando allí su condena y ser sometido a la jurisdicción especial para la paz.

Por su parte, las autoridades tradicionales indígenas se opusieron a las pretensiones del actor, bajo el argumento de que gozan de autonomía jurisdiccional para procesar a un miembro de su comunidad, aunado a que el peticionario fue juzgado por la grave desarmonía ocasionada con el homicidio de un sabio ancestral, mas no por pertenencia o colaboración con las FARC-EP, ni por un delito político o conexo.

Para abordar el estudio de la controversia, la Sala estimó necesario referirse a los siguientes ejes temáticos: (i) Cuestión previa: sobre la validez del trámite constitucional surtido; (ii) Procedencia de la acción de tutela contra decisiones adoptadas por las autoridades indígenas; (iii) La jurisprudencia constitucional en torno a la autonomía de la jurisdicción especial indígena; (iv) La justicia transicional como mecanismo para alcanzar la paz y la reconciliación; (v) La amnistía y los tratamientos penales especiales para los miembros de las FARC-EP en el marco del Acuerdo de Paz; y (vi) El marco normativo vigente para la resolución de conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción especial para la paz.

Como medida inicial, se verificó que la actuación surtida tenía plena validez, pues la instrucción del trámite se realizó por funcionarios investidos de jurisdicción para conocer acciones de tutela, la urgencia de salvaguarda de los derechos fundamentales es inherente a este mecanismo de protección y el Tribunal para la Paz no había comenzado su funcionamiento para el momento en que surgió la controversia.

Enseguida, se constató que acción de tutela es procedente en el caso concreto, en razón a que el peticionario se encuentra en una situación de desventaja frente a las autoridades tradicionales de la colectividad a la cual él pertenece. Además, el actor carece de otros medios de defensa judicial para enervar las decisiones adoptadas por aquellas y la solicitud de amparo fue formulada dentro de un término razonable.

Al emprender el estudio de mérito, la Sala evidenció, en primer lugar, que el caso planteado no envuelve un conflicto de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción especial para la paz, habida cuenta de que la colisión de jurisdicciones implica un enfrentamiento entre las autoridades involucradas, en el sentido de que ambas reclamen para sí o rechacen el conocimiento de un asunto, y en el sub júdice tal choque no ha tenido lugar, en la medida en que la jurisdicción especial para la paz no se ha pronunciado sobre el particular.

Seguidamente, se estableció que, si bien el ordenamiento jurídico colombiano protege la autonomía de la jurisdicción especial indígena, ella no es absoluta, pues encuentra francos límites en los derechos fundamentales y en las normas imperativas de la Constitución; límites que en el caso concreto se proyectan (i) en el derecho al debido proceso del comunero para que se evalúe si el asunto es de competencia de la JEP y la posibilidad de dispensarle el tratamiento jurídico-penal más favorable previsto para miembros de las FARC-EP de llegarse a comprobar que reúne los requisitos para ello (artículo 29 inc. 3º C.P.), y (ii) en el marco normativo del Acuerdo Final para la Paz elevado a rango constitucional mediante el Acto Legislativo 01 de 2017.

Con fundamento en lo anterior, se consideró que poner a disposición de la jurisdicción especial para la paz al actor para que allí se evalúe si se dan los presupuestos para su competencia y, de ser así, se analice la viabilidad de someterlo a los tratamientos penales especiales para miembros de las FARC-EP, constituye una intervención menor, excepcional y constitucionalmente admisible en la autonomía de la jurisdicción tradicional indígena, la cual, de todas maneras, cuenta con la oportunidad para tomar parte en dicha instancia, a través de los mecanismos de articulación y coordinación que existen para el efecto.

No obstante, se aclaró que esta conclusión se desprende de la relación de precedencia establecida para el caso concreto entre el principio de autonomía jurisdiccional indígena, de

un lado, y de otro, el principio de favorabilidad penal como expresión del derecho fundamental al debido proceso, y de la paz como valor, derecho y deber de obligatorio cumplimiento, presupuesto para la vigencia del Estado social y democrático de derecho y para la efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas –y especialmente, de las víctimas del conflicto–, en el marco excepcional de la justicia transicional, lo cual implica que no en cualquier evento un comunero indígena podrá invocar el principio de favorabilidad penal como fundamento para sustraerse de la jurisdicción especial indígena con el fin de obtener un trato más benévolo, por ejemplo, en la jurisdicción ordinaria.

A partir de las anteriores premisas, la Sala Novena de Revisión concluyó que es procedente tutelar el derecho al debido proceso del demandante frente a las autoridades tradicionales indígenas y, en consecuencia, adoptar las medidas necesarias para propiciar la valoración de su causa penal por parte de la jurisdicción especial para la paz, sin perjuicio de la aplicación de mecanismos de articulación y coordinación jurisdiccional intercultural, con el fin de garantizar la participación de las autoridades indígenas en dicha instancia.

III. DECISIÓN

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.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el expediente T-6.498.536. CONFIRMAR la sentencia de tutela del 19 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado –Sección Cuarta– en cuanto tuteló el derecho al debido proceso invocado por el ciudadano Jhon Jairo Mayorga Suárez.

Segundo.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de tutela del 19 de octubre de 2017, proferida por el Consejo de Estado –Sección Cuarta–, mediante la cual se concedió el amparo invocado por el ciudadano Jhon Jairo Mayorga Suárez, en cuanto ordenó “a la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco –Proyecto Nasa– que se abstenga de impedir el traslado de Jhon Jairo Mayorga Suárez, en condición de privado de la libertad, a la zona veredal transitoria de normalización de Buenavista en el municipio de Mesetas, o la que haya lugar” y dispuso que “dentro de los quince (15) días siguientes

a la notificación de esta providencia, la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco -Proyecto Nasa- envíe el expediente de Jhon Jairo Mayorga Suárez al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, con el fin de que este último actúe de conformidad con su competencia y con lo dispuesto en esta providencia.”

Tercero.- ORDENAR a los gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló que, en el término de diez (10) días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, procedan a remitir a la jurisdicción especial para la paz -JEP- el expediente o actuaciones que tengan a su disposición sobre el proceso penal seguido contra el señor Jhon Jairo Mayorga Suárez por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría de la jurisdicción especial para la paz -JEP- que, una vez se reciban las diligencias remitidas por las autoridades tradicionales indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, proceda a impartirle el trámite interno a que haya lugar con el fin de que se efectúe la valoración de la causa penal del señor Jhon Jairo Mayorga Suárez por la Sala o Sección que corresponda.

En caso de que se lleguen a encontrar reunidas las condiciones para la intervención de la jurisdicción especial para la paz en el proceso penal del señor Jhon Jairo Mayorga Suárez por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas, la JEP deberá recurrir a todos los mecanismos de articulación y coordinación con la justicia especial indígena para definir la situación jurídica del accionante- en el sentido de determinar si son aplicables los tratamientos penales especiales para miembros de las FARC-EP previstos en la Ley 1820 de 2016-, garantizando espacios de diálogo jurisdiccional intercultural que permitan tomar en consideración los planteamientos de la comunidad indígena, antes de promover un conflicto de jurisdicciones.

Quinto.- DISPONER que hasta cuando se adopte una decisión definitiva sobre el sometimiento o no del señor Jhon Jairo Mayorga Suárez a la jurisdicción especial para la paz -JEP-, el actor permanecerá en custodia de las autoridades indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, purgando la pena impuesta en el centro de armonización designado por ellas, de conformidad con sus usos y costumbres.

Sexto.- DESVINCULAR del trámite de tutela identificado con el número de radicación

T-6.498.536, a la Presidencia de la República, el Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación, el Alto Comisionado para la Paz, el movimiento político FARC, la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca –ACIN–, la Organización Nacional Indígena de Colombia –ONIC–, el Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC–, la Fiscalía General de la Nación y el Ministerio de Justicia y del Derecho, de acuerdo con lo señalado en la parte motiva.

Séptimo.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

DIANA FAJARDO RIVERA

A LA SENTENCIA T-365/18

Referencia: Expediente T-6.498.536

Acción de tutela formulada por Jhon Jairo Mayorga Suárez contra los gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, y otros[85]

Magistrado Ponente

Alberto Rojas Ríos

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de esta Corporación, suscribí la Sentencia T-365 de 2018 con aclaración de voto, pues, aunque considero (i) acertada la decisión de proteger el derecho fundamental al debido proceso del accionante y (ii) adecuados los remedios constitucionales acogidos por la Sala Novena de Revisión, (iii) no comparto la línea general y principal que expuso la sentencia para acceder al amparo, a partir de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal. Además de lo anterior, mi voto particular tiene por objeto precisar la razón por la cual apoyé, en este caso, una decisión de fondo y el sentido de las órdenes, en concreto, la incorporación de un llamado a la Jurisdicción Especial para la Paz -JEP- para que promoviera mecanismos de articulación y coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena -JEI- antes de suscitar un conflicto de jurisdicciones, garantizando espacios de diálogo intercultural.

1. La sentencia T-365 de 2018 concluyó que las autoridades indígenas lesionaron el derecho al debido proceso del señor Mayorga Suárez, en especial el principio de favorabilidad, por no permitir que su causa -fallada por la JEI- pasara al conocimiento de la JEP y, por lo tanto, se hiciera beneficiario de los tratamientos penales especiales previstos en el proceso de justicia transicional

1.1. La Sala Novena de Revisión estudió los fallos de tutela[86] proferidos dentro de la acción de tutela presentada por Jhon Jairo Mayorga Suárez contra los gobernadores indígenas de los resguardos San Francisco, Toribío, Tacueyó y Jambaló, y otros, por la presunta lesión de sus derechos al debido proceso e igualdad. Esta lesión, en concepto del tutelante, se concretó en la negativa de remitir su causa penal a la JEP y, con esto, en la imposibilidad de obtener su traslado a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVTN)[87]. Adujo el accionante que, pese a haber sido condenado por la JEI a 40 años de prisión -con traslado a patio prestado[88]- por el homicidio del sabio ancestral Venancio Taquinas, era miembro de las FARC-EP y, en consecuencia, debía recibir el mismo tratamiento dado a los demás desmovilizados en el marco del Acuerdo de Paz y de lo

dispuesto en la Ley 1820 de 2016.

1.2. La Sala de Revisión consideró en su fallo que la JEl tenía límites en el ejercicio de su función jurisdiccional, que se proyectan en el derecho al debido proceso, por lo cual, el expediente penal del accionante debía remitirse a la JEP para que se evaluara “la viabilidad de dispensarle el tratamiento jurídico-penal más favorable previsto para los miembros de las FARC-EP si se llega a comprobar que [el actor] reúne los requisitos para ello (artículo 29 inc. 3º C.P.)” Además, sostuvo que esta garantía se derivaba de las disposiciones que regulan el proceso de transición, con la finalidad de favorecer la paz. A partir de lo anterior, argumentó que la intervención a la autonomía de la JEl era menor, excepcional y constitucionalmente admisible, dado que no se estaba poniendo en riesgo la decisión condenatoria penal que ya había adoptado. Y, agregó que:

“...esta conclusión se desprende de la relación de precedencia establecida para el caso concreto entre el principio de autonomía jurisdiccional indígena, de un lado, y de otro, el principio de favorabilidad penal como expresión del derecho fundamental al debido proceso, y de la paz como valor, derecho y deber de obligatorio cumplimiento, presupuesto para la vigencia del Estado social y democrático de derecho y para la efectividad de los derechos fundamentales de todas las personas -y especialmente, de las víctimas del conflicto-, en el marco excepcional de la justicia transicional, lo cual implica que no en cualquier evento un comunero indígena podrá invocar el principio de favorabilidad penal como fundamento para sustraerse de la jurisdicción especial indígena con el fin de obtener un trato más benévolo, por ejemplo, en la jurisdicción ordinaria.”

2.1. La decisión de adelantar e implementar un proceso de justicia de transición, tras un conflicto armado de varias décadas, exige de valoraciones, ponderaciones y adecuaciones particulares entre varios de los objetivos que todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho persigue, en especial, la paz y la justicia. Nuestra sociedad, a partir del Acuerdo Final de Paz y de los actos legislativos 01[89] y 02[90] de 2017, adoptó mecanismos y medidas que tienen por objeto la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición. Como parte de esta regulación, en el marco del sistema de justicia se prevén tratamientos especiales para los actores del conflicto, entre ellos los ex miembros de las FARC-EP, a los que acceden y permanecen en la medida en que reconozcan verdad y responsabilidad, y siempre y cuando se cumplan los requerimientos

del régimen de condicionalidades, entre los que se encuentran garantizar la reparación de las víctimas y la no repetición[91].

Al respecto, establece el inciso 5 del artículo transitorio 1, artículo 1, del Acto Legislativo 01 de 2017:

“Los distintos mecanismos y medidas de verdad, justicia, reparación y no repetición, en tanto parte de un sistema que busca una respuesta integral a las víctimas, no pueden entenderse de manera aislada. Estarán interconectadas a través de relaciones de condicionalidad y de incentivos para acceder y mantener cualquier tratamiento especial de justicia, siempre fundados en el reconocimiento de verdad y responsabilidades. El cumplimiento de estas condicionalidades será verificado por la Jurisdicción Especial para la Paz.”

2.2. En el anterior marco, estimo que la incorporación de incentivos en el sistema de justicia de transición -como los tratamientos penales especiales de libertades y sanciones propias- obedece a un objetivo constitucional que se relaciona, en primer término, con las ventajas de su aplicación para la satisfacción de los derechos de las víctimas, cuyo rol en el SIVJNR es central[92]. En esta línea, en segundo término, la idea de concentrar preferentemente en un órgano judicial los casos relacionados con el conflicto, involucrándose de esta manera la garantía del juez natural, repercute sin duda en la consecución de la mayor y más amplia verdad posible, así como en la reparación y restauración de los daños causados[93]. En tercer término, además, los incentivos y la seguridad jurídica que recae sobre ellos, siempre que se cumpla el régimen de condicionalidades, tienen efectos directos en la reincorporación exitosa de quienes dejan las armas[94], y, por lo tanto, en últimas, en el logro de la paz estable y duradera.

2.3. Por lo anterior, en mi concepto, juzgar la viabilidad de acceder a los referidos incentivos como un asunto que responde principalmente a una garantía individual, como la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, oculta la razón que subyace a la justicia de transición, radicando en el individuo infractor de la ley penal la razón principal de su regulación. No desconozco, por supuesto, que en los procedimientos a cargo de la JEP prevalece este principio[95], sin embargo, en el escenario que lo aplicó la decisión respecto de la cual aclaro el voto no es aquél, sino uno previo, referido a la asunción o no de la

competencia sobre el caso por el sistema de justicia a cargo de la JEP.

2.4. Además de lo anterior, debe advertirse que la aplicación del principio de favorabilidad en asuntos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción especial indígena exige un estudio detallado y una carga argumentativa amplia, pues lo cierto es que las normas, sanciones, medidas y procedimientos entre la JEI y la jurisdicción ordinaria, incluso la transicional, son, en principio, inconmensurables.

2.5. En conclusión, estimo que la importancia de que un caso, incluso proveniente de la JEI, pueda ser valorado por la JEP, para efectos de establecer si se inscribe en el marco de sus competencias, es un asunto relevante constitucionalmente, principalmente, por las implicaciones que tiene para la garantía de los derechos de las víctimas y la consecución de los objetivos que se propone el proceso de justicia transicional.

3. En este caso era necesario que la Corte Constitucional se pronunciara de fondo y adoptara remedios constitucionales, dado que para el momento de iniciarse la acción de tutela por el señor Mayorga Suárez el sistema de Justicia a cargo de la JEP no había entrado en funcionamiento

3.1. En la actualidad es indudable que las personas que se encuentran en una situación similar a la expuesta en la acción de tutela por el señor Mayorga Suárez cuentan con mecanismos para que la JEP valore si es de su competencia el conocimiento de un asunto o no. En este sentido, entonces, la acción de tutela no puede convertirse en el escenario adecuado para la remisión de causas a dicha autoridad con miras al surgimiento, además, de un posible conflicto de jurisdicción.

3.2. Con la anterior claridad, empero, el caso que analizó y decidió la Sala Novena presentaba una particularidad, consistente en que al momento de iniciarse la solicitud de protección constitucional -el 9 de mayo de 2017- la JEP no estaba en funcionamiento, lo que ocurrió hasta el 15 de marzo de 2018 según lo expuesto en la Resolución 001 de 15 de enero de 2018[96]. Por lo anterior, ante la presunta lesión de un derecho fundamental, era admisible la activación de la garantía constitucional de la tutela.

4. Es constitucionalmente importante agotar mecanismos de articulación y coordinación entre la JEP y la JEI

4.1. En la Sentencia T-365 de 2018 la Sala Novena de Revisión dispuso que, en el evento en el que la JEP concluyera que el caso del señor Mayorga Suárez cumple los requisitos para su intervención, antes de promover un conflicto de jurisdicciones, “la JEP deberá recurrir a todos los mecanismos de articulación y coordinación con la justicia especial indígena para definir la situación jurídica del accionante– en el sentido de determinar si son aplicables los tratamientos penales especiales para miembros de las FARC-EP previstos en la Ley 1820 de 2016–, garantizando espacios de diálogo jurisdiccional intercultural que permitan tomar en consideración los planteamientos de la comunidad indígena”.

4.2. Respecto de la anterior orden, que comparto plenamente, quiero advertir que presupone el mandato que sobre articulación prevé el artículo 146 de la C.P.[97] y tiene en cuenta, de otro lado, que, tal como se ha evidenciado por esta Corporación[98], las comunidades indígenas han soportado de manera diferencial el impacto del conflicto armado, por lo cual, su participación, su cosmovisión y la valoración de todo aquello que los afecte como pueblos originarios, debe ser tenido en cuenta con seriedad en el marco de un sistema que, precisamente, tiene por objeto aportar en verdad, justicia, reparación y no repetición.

5. De esta manera, expongo las razones que me llevan a aclarar el voto respecto a las consideraciones expuestas en la Sentencia de la referencia.

Fecha ut supra

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

[1] Cfr. fol. 157 cuad. ppal.

[2] “Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas”

[3] “Artículo 2. La JEP iniciará la atención al público el día quince (15) de marzo de dos mil dieciocho (2018), una vez sus magistrados hayan adoptado el reglamento de funcionamiento y organización de la JEP y hayan elaborado las normas procesales de la JEP,

que serán presentadas por el Gobierno Nacional al Congreso de la República, incluido el régimen disciplinario aplicable a sus funcionarios y empleados.”

[4] Esta posesión tuvo lugar sólo hasta el 15 de enero de 2018.

[5] Sobre la unicidad de la jurisdicción como función pública de administrar justicia, la doctrina enseña:

“Nota distintiva de la anterior noción de jurisdicción la constituye el carácter único que ella presenta. En efecto, la función pública de administrar justicia es una sola y, técnicamente hablando, no se puede dividir, pues todo funcionario a quien la ley la asigna tiene idéntica aptitud para hacerlo. En otras palabras es igual la jurisdicción que tiene el juez penal, el civil, el de familia o el árbitro.

Sin embargo, la práctica ha generalizado el empleo del vocablo jurisdicción para referirse a cada una de las más importantes ramas del ordenamiento jurídico, a través de las que realiza el Estado la actividad jurisdiccional y es así como se habla de jurisdicción civil, penal, laboral, contencioso-administrativa, de familia, constitucional, indígena, de paz, etc., terminología en la que vocablo jurisdicción se emplea como sinónimo de competencia por ramas; lo técnico es decir competencia penal, civil, laboral, etc., ya que jurisdicción no hay sino una.” (LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso, Parte General. Dupré Editores, Bogotá, 2016. p. 153-154)

[6] Artículo 241, numeral 9, de la Constitución.

[7] En la sentencia C-674 de 2017, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez, esta Corte declaró inexecutable las expresiones de los incisos 3º, 4º y 5º del artículo transitorio 8 del Acto Legislativo 01 de 2017, en virtud de las cuales se introducían ciertas modificaciones al régimen de selección y revisión de tutelas por parte de la Corte Constitucional, al encontrar que la intervención de la JEP en estos mecanismos hacía nugatorio el control constitucional y, además, establecía una suerte de intangibilidad de sus decisiones que resultaba contraria a la imparcialidad y a la separación de poderes.

[8] ARTÍCULO 2o. DEFINICIONES. Parcialidad o comunidad indígena. Entiéndese por parcialidad o comunidad indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que

comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social interno que los distinguen de otras comunidades rurales.

Comunidades civiles indígenas. Son comunidades o parcialidades indígenas que han perdido los títulos de propiedad de sus tierras no pudiendo acreditarlos legalmente o bien que son descendientes de comunidades cuyos resguardos fueron disueltos y que la tierra que poseen es insuficiente para el desarrollo de sus actividades socioeconómicas.//Territorio indígena. Se entiende por territorio indígena aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales.

Reserva indígena. Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas, delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquella (s) para que ejerza en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros.//Resguardo indígena. Es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales.//Cabildo indígena. Entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres. Los cabildantes deben ser miembros de la comunidad que los elige y la elección se hará conforme a lo dispuesto en el Artículo 3o. de la Ley 89 de 1890 o por sus propias formas de organización tradicional.

[9] Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

[10] Sentencia T-514 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[11] Cons. sentencias T-266 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-606 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-048 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, T-1294 de 2005, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, T-514 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva, T-523 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa, T-300 de 2015, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

[12] Artículo 1 C.P.

[13] Artículo 7, íb.

[14] Artículo 246, íb.

[15] Sentencia T-349 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, reiterada en las sentencias T-523 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, SU-510 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-552 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, T-1026 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

[16] Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

[17] Sentencia C-882 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[19] “Es un hecho comprobado que la autonomía de la jurisdicción indígena está en desarrollo, y, como tal, no cuenta con todos los instrumentos físicos, educativos, divulgativos, instalaciones carcelarias, etc. para completar su realización. Por ello, es obligación del Estado, a través de las autoridades (Ministerio del Interior, de Justicia, Inpec) y de la jurisdicción ordinaria, convertir en realidad tal autonomía, a través de la colaboración permanente, con el fin de que la jurisdicción indígena, incipiente en ciertos aspectos, pueda avanzar en su consolidación.” Sentencia T-239 de 2002, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

Esta providencia fue reiterada en la sentencia T-1026 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

[20] Sentencias T-552 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

[21] Sentencia T-617 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[22] Sobre el particular, la sentencia T-496 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, se señaló:

“[E]n la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque

algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

“En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad.”

[23] Sentencias T-1238 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, T-009 de 2007, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, T-945 de 2007, M.P.: Rodrigo Escobar Gil

[24] Sentencia T-617 de 2010, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[25] Sentencias T-934 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-266 de 1999, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-606 de 2001, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra, T-728 de 2002, M.P.: Jaime Córdoba Triviño, T-364 de 2011, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

[26] Sentencia T-1026 de 2008, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra

[27] Artículo 8, numeral 2, Convenio 169/89 OIT

[28] Sentencias C-139 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-349 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-496 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-552 de 2003, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, T-1238 de 2004, M.P.: Rodrigo Escobar Gil, T-514 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[29] Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

[30] Sentencia T-349 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz

[31] Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

[32] Sentencias C-139 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-496 de 1996, M.P.: Carlos

Gaviria Díaz

[33] sentencia T-523 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa

[34] Sentencia SU-510 de 1998, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, reiterada en las sentencia C-882 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-921 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub,

[35] Sobre este punto, la sentencia T-523 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa:

“[L]os jueces constitucionales deben obrar con prudencia y establecer un balance entre los principios de unidad y autonomía indígena al analizar de fondo las actuaciones y los procedimientos tradicionales en casos concretos a la luz de la Constitución:

‘También esta Corte ha dicho que el juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia.

Lo anterior porque de una intervención de las autoridades ordinarias, sopesada, medida y específica, en los asuntos relativos a los pueblos indígenas y a sus integrantes, depende en gran medida que la protección a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, reconocida en el artículo 7º de la Constitución Política, sea una realidad’.”

[36] Sentencias T-349 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-523 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-454 de 2013, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla

[37] Sentencias T-1253 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, T-514 de 2009, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva

[38] Sentencia C-630 de 2017, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo

[39] Voto concurrente, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre de El

Mozote y lugares Aledaños vs.El Salvador (Sentencia de 25 de octubre de 2012).

[40] Sentencia C-370 de 2006, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

[41] Sentencia C-579 de 2013, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[42] Sentencia C-630 de 2017, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez y Antonio José Lizarazo Ocampo

[43] Artículo 7, Ley 1820 de 2016

[44] Artículos 15 y 16 de la Ley 1820 de 2016.

[45] En los términos considerados en la sentencia C-007 de 2018, M.P.: Diana Fajardo Rivera

[46] Artículo 23 ibídem

[47] Artículo 17 ibídem

[48] Esto, dependiendo de la ley procesal penal aplicable al caso, ya sea Ley 600 de 2000 o Ley 906 de 2004.

[49] Sobre el particular, la sentencia C-007 de 2018, M.P.: Diana Fajardo Rivera, precisó:

“Una adecuada comprensión del ámbito aplicación de esta norma, empero, exige precisar dos aspectos: (i) que los delitos cometidos a los que se refiere el inciso primero, como conductas que, en caso de conocerse con posterioridad a la concesión de la amnistía, no llevarán al inicio de un proceso penal, deben ser únicamente aquellos que originaron la concesión del beneficio pues, de no ser así, se trataría de una cláusula irrazonable, en tanto fuente de impunidad y una justificación al incumplimiento de lo pactado, por parte de los beneficiarios; y (ii) que los efectos de la amnistía no impiden el ejercicio de la acción penal estatal, cuando quiera que se presenten supuestos en los que existe la obligación de investigar, juzgar y sancionar, esto es, ante graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, cuyo contenido se precisó en el

eje respectivo.”

[50] Artículo 25 de la Ley 1820 de 2016.

[51] Artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.

[52] De conformidad con la sentencia C-007 de 2018, M.P.: Diana Fajardo Rivera, la expresión “reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma”, debe entenderse así: “el reclutamiento de menores de 15 años en el caso de conductas ocurridas hasta el 25 de junio de 2005, y el reclutamiento de menores de 18 años en el caso de conductas ocurridas con posterioridad a esa fecha”.

[54] Inciso final del párrafo del artículo 23 de la Ley 1820 de 2016.

[55] El artículo 34 de la Ley 1820 de 2016, relativo a la libertad por efecto de la aplicación de la amnistía o de la renuncia a la persecución penal, fue declarado condicionalmente exequible mediante sentencia C-007 de 2018, M.P.: Diana Fajardo Rivera, “bajo el entendido de que la contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se enmarca dentro del régimen de condicionalidades del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, con fundamento en los siguientes parámetros:

(i) El compromiso de contribuir a la satisfacción de los derechos de las víctimas es una condición de acceso y no exime a los beneficiarios de esta Ley del deber de cumplir con las obligaciones contraídas con el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición.

(ii) El cumplimiento de los deberes de contribución a la satisfacción de los derechos de las víctimas se exigirá a los beneficiarios de esta Ley, por el término de vigencia de la Jurisdicción Especial para la Paz, sin perjuicio de la condición especial de acceso a las sanciones propias del sistema prevista en el inciso segundo de los artículos 14 y 33 de la Ley 1820 de 2016.

(iii) Los incumplimientos al Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición deberán ser objeto de estudio y decisión por la Jurisdicción Especial para la Paz, conforme a las reglas de procedimiento de que trata el inciso 1º del artículo transitorio 12 del artículo 1º del Acto Legislativo 01 de 2017; lo que supone analizar, en cada caso, si

existe justificación y la gravedad del incumplimiento. Este análisis deberá regirse por el principio de proporcionalidad y podrá dar lugar a la pérdida de beneficios previstos en esta Ley.”

[56] Sentencia C-007 de 2018, M.P.: Diana Fajardo Rivera

[57] Sentencia C-007 de 2018, M.P.: Diana Fajardo Rivera, ordinal 3º del decisum.

[58] M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Comunicado de Prensa No. 55 del 14 de noviembre de 2017.

[59] En desarrollo del artículo 256, numeral 6, de la Constitución (en su redacción original), el artículo 112, numeral 2, de la Ley 270 de 1996, asignó a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la función de resolver conflictos de jurisdicción:

“2. Dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones, y entre éstas y las autoridades administrativas a las cuales le ley les haya atribuido funciones jurisdiccionales, salvo los que se prevén en el artículo 114, numeral tercero, de esta Ley y entre los Consejos Seccionales o entre dos salas de un mismo Consejo Seccional.”

[60] M.S.: Luis Guillermo Guerrero Pérez. En dicha providencia se consideró lo siguiente:

“De acuerdo con las medidas transitorias previstas en el Acto Legislativo 002 de 2015, cabe entender que, hasta tanto los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen, los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura deben continuar en el ejercicio de sus funciones. Ello significa que, actualmente, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conserva sus competencias, es decir, se encuentra plenamente habilitada para ejercer, no sólo la función jurisdiccional disciplinaria, sino también, para dirimir los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones y para conocer de acciones de tutela.

En ese orden de ideas, es claro que, por virtud de lo previsto en el artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015, la atribución para conocer de los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones quedó radicada en cabeza de la Corte

Constitucional. No obstante, en obediencia a lo dispuesto en el párrafo transitorio 1º del artículo 19 del referido acto legislativo, en el que se adoptaron medidas de transición que dieron continuidad a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, dicha atribución sólo podrá ser ejercida por la Corte Constitucional, una vez la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura haya cesado de manera definitiva en el ejercicio de sus funciones, momento en el cual los conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones deberán ser remitidos a la Corte Constitucional en el estado en que se encuentren.”

[61] M.S.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

[62] M.S.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

[63] M.S.: Alberto Rojas Ríos

[64] C.P.: Stella Conto Díaz

[65] En dicha providencia, el Consejo de Estado concluyó: “La convocatoria pública reglada de que trata el artículo 257A de la Constitución a efectos de integrar la lista de candidatos que serán presentados por el Consejo Superior de la Judicatura al Congreso de la República para la elección de los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, no es un acto de competencia directa del Consejo Superior de la Judicatura y, por el contrario, resulta indispensable, acorde con lo dispuesto por los artículos 256, 257 y 126 C.P., que medie una ley que regule la convocatoria pública previa a la integración de las ternas.

Con fundamento en las consideraciones efectuadas, el Acuerdo PSAA16-10548 de 27 de julio de 2016, ‘Por medio del cual se reglamenta la convocatoria pública para integrar las ternas de candidatos a magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial’, debe ser declarado nulo por inconstitucionalidad, particularmente, porque al dictarlo sin competencia el Consejo Superior de la Judicatura vulneró, entre otros, los artículos 6º, 121, 126, 256 y 257 de la Constitución.”

[66] M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

[67] Cons. considerando 6.4.4. de la sentencia C-674 de 2017

[68] Cons. A-345 de 2018, M.S.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

[69] M.S.: Alberto Rojas Ríos

[70] Cons. Informe del Alto Comisionado para la Paz “Así marcha el Acuerdo de Paz”, 6 de junio de 2018 en <http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/Documents/informes-especiales/asi-marcha-acuerdo-paz/index.html>

[71] Cfr. fol. 4 cuad. ppal.

[72] Cfr. fols. 57-58 cuad. ppal.

[73] Cfr. fols. 5-6 cuad. ppal.

[74] Cfr. fol. 49 cuad. revisión

[75] Cfr. fol. 59 cuad. revisión

[76] Sentencias T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, T-523 de 1997, M.P.: Carlos Gaviria Díaz, T-048 de 2002, M.P.: Álvaro Tafur Galvis, T-549 de 2007, M.P.: Jaime Araujo Rentería, C-882 de 2011, M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-523 de 2012, M.P.: María Victoria Calle Correa, T-469 de 2013, M.P.: T-208 de 2015, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado, T-300 de 2015, M.P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez

[77] Sentencia T-811 de 2004, M.P.: Jaime Córdoba Triviño

[78] Sentencia T-254 de 1994, M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz

[79] M.P.: Clara Inés Vargas Hernández

[80] Cons. Resolución 001 de 2018, “Por la cual se fija la fecha de apertura al público de la Jurisdicción Especial para la Paz”.

[81] Artículo 94 del Acuerdo 001 del 9 de marzo de 2018.

[82] Sentencia T-549 de 2007, M.P.: Jaime Araujo Rentería

[83] Sentencia T-496 de 1996, M.P.: Carlos Gaviria Díaz

[84] Cfr. fol. 160-170 cuad. revisión.

[85] Presidencia de la República, Mecanismo Tripartito de Monitoreo y Verificación, Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz, Movimiento político FARC, Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca – ACIN, Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC, Consejo Regional Indígena del Cauca – CRIC, Fiscalía General de la Nación y Ministerio de Justicia y del Derecho.

[86] El Tribunal Administrativo del Cauca consideró que la acción era improcedente, dado que la solicitud de traslado invocada por el señor Mayorga Suárez debía ser resuelta por la JEP y la JEI, siguiendo lo dispuesto en el artículo transitorio 9, artículo 1, del Acto Legislativo 01 de 2017 [esta norma se declaró inexecutable por la Corte Constitucional en la Sentencia C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]. En sede de impugnación, el Consejo de Estado – Sección Cuarta revocó el anterior fallo y, en su lugar, (i) amparó los derechos al debido proceso e igualdad del actor y (ii) ordenó a la “Asociación de Cabildos de Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco – Proyecto Nasa” abstenerse de impedir el traslado solicitado por el señor Mayorga Suárez y remitir el expediente al INPEC.

[87] En Sede de Revisión se constató que el accionante se encontraba en territorio indígena, bajo custodia y vigilancia de la guardia indígena y la comunidad (información suministrada por la Asociación de Cabildos Indígenas de Toribío, Tacueyó y San Francisco -Proyecto Nasa-).

[88] Término usado por las autoridades indígenas.

[89] “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la Terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones.”

[90] “Por medio del cual se adiciona un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al Acuerdo Final para la Terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”

[91] En los términos expuestos, en el marco de este proceso de transición, en las sentencias

C-674 de 2017. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y C-007 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera.

[93] Conforme a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 1 transitorio, artículo 1, del Acto Legislativo 01 de 2017: “El Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.” Negrilla fuera de texto.

[94] En este caso, de los ex miembros de las FARC-EP.

[95] Artículos 5, 12 y 22 transitorios, artículo 1, del Acto Legislativo 01 de 2017.

[96] “

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

[98] Ver, entre otras decisiones, los autos de seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa (Autos 373 de 2016 y 266 de 2017, entre otros). Por este motivo, además, el marco normativo del SIVJNR ha incluido dentro de los enfoques diferenciales el étnico.