

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Alcance y l mites

AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y DERECHOS INDIVIDUALES DE SUS MIEMBROS-Garantía del debido proceso y dignidad humana en procesos de investigación y juzgamiento por autoridades ind genas

Las autoridades ind genas en los procesos de investigación y juzgamiento deben garantizar el respeto a la dignidad humana y el debido proceso de sus miembros. El desconocimiento de alguna de estas garant as constitucionales habilita la intervención del juez constitucional para proteger los derechos individuales de los miembros de las comunidades ind genas. Esto es así porque dichas restricciones son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía.

LIMITES A LA AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Parámetros que ha establecido la Corte Constitucional

  El derecho fundamental al debido proceso constituye un l mite jur dico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos ind genas  . Si bien las autoridades ind genas pueden aplicar sus   normas y procedimientos  , dichas facultades deben respetar el     nimo de garant as constitucionales   previstas por el artículo 29 de la Constitución Política. Las   reglas m nimas   del debido proceso son: (i) el principio de juez natural, (ii) la presunción de inocencia, (iii) el derecho de defensa, (iv) la prohibici n de la responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad

individua, (v) el principio de non bis in idem, (vi) la no obligatoriedad de la segunda instancia, (vii) la razonabilidad y proporcionalidad de las penas y (viii) el principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas.

PRESUNCION DE VERACIDAD EN TUTELA-Naturaleza y fines

DEBIDO PROCESO EN JURISDICCION INDIGENA-Respeto que debe observarse en los procesos judiciales que se adelantan/DEBIDO PROCESO PENAL A INDIGENA-Derecho a comparecer y ejercer su propia defensa

JURISDICCION INDIGENA-Imposici3n de sanciones

La Sala determin3 que la pena impuesta no era previsible, en tanto las autoridades tradicionales impusieron una pena desproporcionada. El quantum y el tipo de pena impuesta a los accionantes no era previsible. Las autoridades tradicionales condenaron a los actores a â€œtreinta a±os de prisi3n, sin rebaja de penaâ€, en una c3rcel ordinaria. Si bien la sala no cuestiona la facultad de la comunidad embera cham3 de modificar las sanciones (duraci3n y tipo de pena) previstas por sus normas, en este caso, dichas modificaciones no se enmarcan dentro del margen de previsibilidad del â€œtipo y el rango de las sancionesâ€ que las autoridades ind3genas pod3an imponer a los accionantes.

DEBIDO PROCESO EN JURISDICCION INDIGENA-Vulneraci3n por cuanto las autoridades tradicionales desconocieron el principio de legalidad de los delitos y las penas

Referencia: Expediente T-7.694.614

Acci3n de tutela interpuesta por Rigoberto Nayaza Davigama y Pablo Emilio Davigama Nayaza en contra de las autoridades tradicionales del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan y otros

Magistrado ponente (e):

RICHARD S. RAM3REZ GRISALES

Bogot3 D. C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020)

La Sala Primera de Revisi3n de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular de las previstas por los art3culos 86 y 241.9 de la Constituci3n Pol3tica, profiere la siguiente:

SENTENCIA

1. S3ntesis. Los accionantes, Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigama, son miembros del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan (en adelante, el Resguardo). El 15 de febrero de 2018, fueron condenados por la Asamblea General y el Consejo de Justicia Ind3gena del Resguardo a 30 a3os de reclusi3n, por el homicidio de la embera Diocelina Davigama. Las autoridades tradicionales resolvieron que los accionantes deb3an cumplir su pena en una c3rcel del INPEC. En consecuencia, los accionantes se

encuentran reclusos en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de La Dorada (en adelante, EPAMS La Dorada)¹.

1. Los accionantes interpusieron acción de tutela en contra de las autoridades tradicionales del Resguardo y otros, por la presunta vulneración de sus derechos al debido proceso, de defensa y de petición. De un lado, los accionantes indicaron que, en el proceso de investigación y juzgamiento, las autoridades tradicionales: (i) no adelantaron investigación alguna, (ii) no les permitieron “defenderse”, (iii) impusieron una pena que no está prevista en el reglamento interno de justicia de la comunidad y (iv) resolvieron que la pena debía cumplirse en un cárcel del INPEC, que no en el Resguardo. De otro lado, señalaron que las autoridades indígenas no han dado respuesta a las peticiones que han presentado acerca de la revisión de sus casos. El Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrato y el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría negaron la acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. Homicidio de Diocelina Davigama. La embera Diocelina Davigama falleció el 3 de febrero de 2018², en medio de una “riña”³ entre varios miembros del Resguardo. Al respecto, Rigoberto Nayaza relató que, en medio de la riña, fue atacado por “ocho (8) [primos]”⁴. Estos “le rompieron [la] cabeza y [le] cortaron en [v]arias partes de [su] cuerpo”⁵. Por su parte, Pablo Emilio Davigama señaló en la acción de tutela que “no estaba presente cuando empezaron (a) la pelea como tal”⁶, pero que “estaba casi muy cerca del lugar”⁷ y que decidió dirigirse a “la casa de [su] primo” Rigoberto Nayaza, dado que “se escuchaba mucha gritería de mujeres y niños”⁸. Al llegar, advirtió que estaba presente “toda la familia de [su] tía Diocelina y a ella junto con sus hijos, y [que] estaban dando machetadas y garrotes”⁹ a Rigoberto Nayaza. Pablo Emilio Davigama también indicó en el escrito de tutela que, al intervenir en la pelea, fue atacado “entre todos con machetes y garrotes”¹⁰, por lo que “le” tocó utilizar [su] machete de trabajo¹¹, y que “la muerte de [su] tía Diocelina fue

causad[a] por las machetadas de [sus] manosâ€¹12. AsÃ, expuso en la solicitud de amparo que â€œ[es] el culpableâ€¹13 y que â€œ[su] primo Rigoberto es inocente de los hechos en lo cual (sic) Ã©l fue vÃctima de estos agresoresâ€¹14.

1. Actuaciones de la PolicÃa Municipal de MistratÃ³. El 3 de febrero de 2018, aproximadamente a las 6:00 pm, la PolicÃa Municipal de MistratÃ³ fue notificada de â€œuna riÃ±a entre personas indÃgenasâ€¹15, por lo que una patrulla se desplazÃ³ hacia la Finca San Miguel, vereda El Terrero, en la zona rural de MistratÃ³. SegÃn el reporte de la PolicÃa, en el lugar â€œ[habÃa] un grupo de personas (â€¹) que se encontraban discutiendo y algunas lesionadasâ€¹16. Asimismo, habÃa â€œuna seÃ±ora de edad adulta [que] estaba ensangrentada tendida en el piso inconsciente, con signos vitales muy dÃbilesâ€¹17. Los presuntos â€œresponsables de las lesiones que presentaba la seÃ±ora en hechos ocurridos segundos antesâ€¹ eran â€œdos personas que [se] disponÃan a alejarse del sitio de los hechos (â€¹), uno seÃ±alado como Emilio (â€¹) y el otro seÃ±alado como Rigobertoâ€¹18, quien â€œse [encontraba] ensangrentado y aparentemente lesionado con arma blancaâ€¹19.

1. Captura de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Dovigama. En el escrito de tutela, Rigoberto Nayaza indicÃ³ que, dado que se encontraba herido, â€œ[su] esposa y [su] madre [lo trasladaron] al centro asistencialâ€¹20 y que, â€œcuando [iban] por el camino, [encontraron] a tres miembros de la policÃa [que se] dirigÃan al lugar de la riÃ±aâ€¹21. SegÃn su relato, los miembros de la PolicÃa se â€œsorprendieron cuando [lo] vieron ensangrentado y [les] preguntaron quÃ© [era] lo que estaba pasandoâ€¹22, respecto de lo cual â€œno [pudieron] dar la razÃ³nâ€¹ y â€œsiguieron [su] camino (â€¹) hacia el pueblo en busca de los mÃdicosâ€¹23. No obstante, â€œcuando los miembros de la PolicÃa llegaron al pueblo, ellos [lo] capturaron y [lo] encerraron en un calabozoâ€¹24 y â€œdespuÃs de media hora (â€¹) trajeron a [Pablo Emilio Dovigama] y lo encerraron [con Ã©l]â€¹ por â€œ[asesinar] a una mujer [que] es de su familiaâ€¹25. En contraste con lo manifestado por Rigoberto Nayaza, y segÃn los registros del libro de poblaciÃ³n y la minuta de vigilancia, la PolicÃa de MistratÃ³ â€œ[capturÃ³ a] los dos seÃ±aladosâ€¹26, y los trasladÃ³ â€œhacia la cabecera

municipal para la atención de los lesionados²⁷. Luego, los capturados [fueron] trasladados a las instalaciones del Hospital San Vicente de Pa²⁸, para que les [realizaran] (la) valoración médica²⁸.

1. Otras actuaciones de la Policía Judicial y legalización de la captura. La Policía Municipal de Mistrat³ [procedi³ a] la judicialización por el delito de homicidio [de] los ciudadanos detenidos, dándole a conocer y entender sus derechos como personas capturadas²⁹. Las actuaciones iniciadas en contra de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigama fueron comunicadas al agente del Ministerio P³blico (la), a la SIJIN del municipio de Bel³n de Umbr³, con el fin de realizar los actos urgentes, y a la Fiscalía URI de Pereira³⁰. Al llegar a Mistrat³, los funcionarios de la Policía Judicial de Bel³n de Umbr³ [realizaron] los respectivos actos urgentes³¹, entre ellos, la [entrevista preliminar] a los señores Jos³ Vidal Nayaza, Luis Carlos Nayaza y Arist³des Nayaza, quienes identificaron a Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigama como los responsables del homicidio de Diocelina Davigama³². Finalmente, los accionantes fueron trasladados a la ciudad de Pereira, para adelantar la [legalización de la captura]. Sin embargo, los accionantes [fueron] dejados en libertad teniendo en cuenta [su] fuero especial y poder preferente, advirtiéndoles el riesgo a su integridad personal si se [desplazaban] al municipio de Mistrat³, teniendo en cuenta posibles retaliaciones por parte de familiares de la occiso (sic)³³.

1. Actuaciones del Cabildo Mayor en ejercicio de su jurisdicción indígena. De un lado, Rigoberto Nayaza³⁴ y Pablo Emilio Davigama³⁵ manifestaron que, tras su llegada al Resguardo, el Cabildo les impuso la sanción de cepo y los condenó por el homicidio de Diocelina Davigama, sin adelantar investigación alguna. De otro lado, Arnoldo Siagama, consejero de justicia del Resguardo al momento de la ocurrencia de los hechos, adujo que, con el fin de recaudar pruebas dentro del proceso en contra de los accionantes, adelantó dos [entrevistas], a saber, (i) a Teresa Davigama y (ii) a los accionantes. En primer lugar, entrevistó a Teresa Davigama, quien fue testigo del homicidio y [declaró] que Rigoberto había matado a Diocelina³⁶ y que, cuando llegó Pablo Emilio Davigama,

â€œacabaron de matarla, entre los dosâ€³⁷. En segundo lugar, en compaÃ±Ã­a del otro consejero de justicia del Resguardo, Luis Carlos Arce, entrevistÃ© a los accionantes, quienes, tras negar su responsabilidad frente a los hechos, finalmente manifestaron: â€œmatamos nosotros, para quÃ© vamos a negar yaâ€³⁸. AsÃ­, habida cuenta de que los presuntos responsables confesaron su responsabilidad sobre los hechos, los consejeros de justicia indicaron que â€œ[concluyeron] la investigaciÃ³n porque ya no [habÃ­a] con quiÃ©n mÃ¡s investigarâ€³⁹.

1. Condena de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigama. El 15 de febrero de 2018, la Asamblea General del Resguardo se reuniÃ³ â€œpara abordar el terrible caso del homicidio y violencia contra la mujer, cometido contra la embera wera Diocelina Davigamaâ€⁴⁰. La Asamblea General informÃ³ que dicho homicidio â€œfue cometido por los indÃ­genas embera chamÃ­, Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigamaâ€⁴¹. En esta reuniÃ³n, la Asamblea General del Resguardo resolviÃ³ condenar a los accionantes â€œsegÃºn [sus] usos y costumbres, y amparados en el reglamento internoâ€⁴². La condena impuesta a los accionantes fue de â€œ30 aÃ±os de reclusiÃ³n para cada uno, sin rebaja de pena, por la manera cruel en que fue asesinadaâ€⁴² la embera. De conformidad con el acta de la reuniÃ³n, la â€œsanciÃ³n se [dio] apoyados en los testimonios de testigos que afirmaron que estos dos emberas son responsables del asesinato, ademÃ¡s que es respaldada por la informaciÃ³n dada por la policÃ­a de MistratÃ³â€⁴³ acerca de â€œlos hechos ocurridosâ€⁴⁴. En dicha reuniÃ³n, la Asamblea tambiÃ©n resolviÃ³ â€œentregar a la justicia ordinaria a los sancionados, para que estos sujetos paguen su pena en una cÃ¡rcel de la regiÃ³n, porque en el resguardo no hay una estructura reclusoria, ni la capacidad operativa para mantenerlos resguardados por tanto tiempoâ€⁴⁴.

1. ResoluciÃ³n 02 de 2018 del Resguardo IndÃ­gena Unificado ChamÃ­ sobre el RÃ­o San Juan. El 1 de marzo de 2018, de conformidad con lo resuelto por la Asamblea General de la comunidad, el Cabildo Mayor IndÃ­gena y el Consejo de Justicia IndÃ­gena propia del Resguardo profirieron la ResoluciÃ³n 02 de 2018. Por medio de esta decisiÃ³n, (i) fue oficializada la condena impuesta a Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigama, de â€œ30

años de cárcel (¡) [sin] rebaja, porque cometieron un feminicidio, actuando atrocemente con alevosía y sevicia»⁴⁵, y (ii) los accionantes fueron puestos a disposición del INPEC, «(¡), en calidad de patio prestado, para que (¡) paguen su pena en una cárcel de la región»⁴⁶. Por medio de la resolución, las autoridades indígenas también se±alaron que los accionantes «[seguían] estando bajo jurisdicción de la justicia indígena». Por tanto, el INPEC debía dar a los accionantes «un trato diferencial, en calidad de indígenas, respetándoseles el uso de prácticas culturales tradicionales embera»⁴⁷, y «[deba] permitir regularmente la visita de los familiares y las autoridades indígenas»⁴⁸.

1. Reclusión de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Dovigama. El 14 de marzo de 2018, los accionantes ingresaron al Establecimiento Penitenciario de Mediana Seguridad y Carcelario de Pereira (en adelante, EPMSC Pereira). No obstante, el 28 de junio de 2018⁴⁹ fueron trasladados al EPAMS La Dorada⁵⁰, donde se encuentran reclusos actualmente. De conformidad con las hojas de vida del INPEC, los accionantes fueron condenados por el delito de «feminicidio», por parte de las autoridades del Resguardo, de conformidad con la Resolución 02 de 2018, y se encuentran en la etapa de ejecución de la pena⁵¹.

1. Solicitud de tutela. El 18 de julio de 2019, Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Dovigama interpusieron acción de tutela en contra de (i) las autoridades tradicionales del Resguardo, (ii) William de Jesús Nayaza Enevia, consejero mayor del Consejo Regional Indígena de Risaralda (en adelante, CRIR), y (iii) Nelson Siagama, gobernador mayor del Resguardo⁵². Los accionantes solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa y de petición. De un lado, se±alaron que, en el proceso de investigación y juzgamiento, los sujetos accionados: (i) no adelantaron investigación alguna, (ii) no les permitieron «defenderse», (iii) impusieron una pena que no está prevista en el reglamento interno de justicia de la comunidad y (iv) resolvieron que la pena debía cumplirse en una cárcel del INPEC, que no en el Resguardo. De otro lado, manifestaron que las autoridades indígenas (v) no han dado respuesta a las peticiones que han presentado «en varias ocasiones»⁵³ acerca de la revisión de sus casos. En particular, los

accionantes seÃ±alaron lo siguiente:

i. Los sujetos accionados no adelantaron investigaciÃ³n alguna. SegÃºn los accionantes, â€œlas autoridades tradicionales no tuvieron en cuenta los principios de seguimiento en los procesos penalesâ€⁵⁴, segÃºn los cuales debÃ­an â€œinvestigar los hechos y asÃ­ hallar unas pruebas contundentes, como materiales o elementos que haya usado en el momento de los hechosâ€⁵⁵ o buscar â€œtestigos para fundamentar en los procesos de investigaciÃ³n en contra del individuoâ€⁵⁶. Por el contrario, las autoridades los â€œcondenaron sin investigaciÃ³n de los hechos y [los] encerraron quince (15) dÃ­as en el cepoâ€⁵⁷.

i. Los sujetos accionados impusieron una pena que no estÃ¡ prevista en el reglamento interno de justicia de la comunidad. SegÃºn los accionantes, la pena impuesta por las autoridades tradicionales es â€œilegÃ­timaâ€, en tanto ella no estÃ¡ prevista en las normas de la comunidad. En efecto, el â€œartÃ­culo 44 del Estatuto IndÃ­gena de MistratÃ³ (R) seÃ±ala (â€¦) [que] cuando un indÃ­gena [cometa] un delito de homicidio, por primera vez, serÃ¡ condenado a una pena de cinco (5) aÃ±os si lo hiciere por segunda vez, se aumentarÃ¡ cinco (5) aÃ±os de mÃ¡s, para un total de diez (10) aÃ±os; y su pena se cumplirÃ¡ en trabajo y rotando en cada vereda dentro de su Ã¡mbito territorialâ€⁶¹. AsÃ­, â€œde ninguna manera seÃ±ala este artÃ­culo una pena mÃ¡xima de 30 aÃ±os de prisiÃ³nâ€⁶², por lo que la decisiÃ³n adoptada por las autoridades indÃ­genas fue â€œilegÃ­timaâ€. Finalmente, seÃ±alaron que la â€œley propia, ley natural (â€¦) no conoce el delito de feminicidio como talâ€⁶³. De ahÃ­ que las autoridades indÃ­genas del Resguardo desconocieron la importancia de â€œlas normas establecida[s] y formada[s] por la Asamblea de la Comunidad IndÃ­genaâ€⁶⁴.

i. Los sujetos accionados resolvieron que la pena debÃ­a cumplirse en una cÃ¡rcel del INPEC, que no en el Resguardo. SegÃºn los accionantes, â€œel cabildo mayor (â€¦) tomÃ³ su propia

decisión y a su propia conciencia [los] condenar y [entregar] a la mano del INPEC⁶⁵. De esta manera, las autoridades del Resguardo desconocieron que los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión ya que la mayoría de costumbres indígenas no conciben la pena de encarcelamiento como forma de sanción⁶⁶.

i. Los sujetos accionados no han dado respuesta a las solicitudes que han presentado en varias ocasiones. Los accionantes allegaron copia de dos derechos de petición, ambos de 12 de mayo de 2019, dirigidos a William Nayaza y Nelson Siagama⁶⁷. Mediante estas peticiones, los accionantes solicitaron la revisión de [sus] procesos y que [los] retornen a la comunidad⁶⁸. No obstante, los accionantes no presentaron la constancia de envío y recepción de dichos documentos por parte de los destinatarios.

1. En consecuencia, los accionantes solicitaron que los sujetos accionados: (i) permitan conocer [sus] procesos y defender[se]⁶⁹ de las acusaciones en su contra; (ii) en [sus] procesos, surtan todos [los] argumentos de pruebas contundentes como elementos de probatorios y que [los] juzguen conforme a la ley establecida en el estatuto indígena del gran resguardo indígena unificado sobre el río San Juan⁷⁰, así como (iii) permitan [los] retornen a la comunidad como es debido y que [les] permitan contemplar la jurisdicción especial indígena dentro del ámbito territorial ancestral como derecho fundamental para no desculturización⁷¹.

1. Admisión de la acción de tutela, práctica de pruebas y vinculaciones. El 31 de julio de 2019, el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrato admitió la acción de tutela⁷². Asimismo, mediante providencias del 31 de julio, 12 y 13 de agosto de 2019, el juez decretó la práctica de pruebas⁷³, y vinculó al proceso a (i) el CRIR, (ii) el Consejo de Justicia Indígena de Mistrato, (iii) Alberto Wazorna, exgobernador mayor del Resguardo; (iv) Luis Carlos Arce, consejero de justicia del Resguardo; (v) Arnoldo Siagama, consejero de justicia del Resguardo; (vi) la Dirección General del INPEC, (vii) la Dirección Regional Viejo

Caldas del INPEC y (viii) el EPAMS La Dorada.

1. Contestaciones a la solicitud de tutela. Durante el trámite de primera instancia, solo se recibieron las respuestas del CRIR, Nelson Siagama, Alberto Wazorna, la Dirección Regional Viejo Caldas del INPEC y el EPAMS La Dorada. Los otros sujetos vinculados no se pronunciaron al respecto.

1. CRIR. El 5 de agosto de 2019, William de Jesús Nayaza Enevia, en calidad de representante del CRIR, solicitó su desvinculación del trámite de tutela por falta de legitimación por pasiva. Señaló que el CRIR no violó derecho fundamental alguno de los accionantes. Esto, por cuanto el CRIR no tiene como competencia la administración de justicia. Esto es competencia y responsabilidad única y exclusiva de la Autoridad Mayor del Resguardo Unificado Embera Chamá de Mistratá, Risaralda.

1. Nelson Siagama. El 5 de agosto de 2019, el gobernador mayor del Resguardo señaló que Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Dovigama fueron los culpables de la muerte de la señora Diocelina Dovigama⁷³. En relación con el proceso adelantado en contra de los accionantes, indicó que (i) cuando se dieron las versiones al Consejo de Justicia Indígena convocó [a] los guardias indígenas y se dio la orden de captura para actuar de acuerdo a la justicia; (ii) los accionantes pagaron en el cepo 36 horas y los guardias indígenas los estaban protegiendo⁷⁴; (iii) como no [tienen] la seguridad de casa por cárcel, y para protegerlos, la comunidad replanteó crear Comité de Justicia Indígena para hacer convenio con el Inpec [y] entregar a los internos para que se pague la condena por 30 años en la cárcel⁷⁵. Esta decisión, según indicó, fue aprobada en la Asamblea General donde participaron 1600 personas y es válido, la aprobación⁷⁶. Asimismo, el gobernador mayor allegó copia del nuevo Reglamento Interno de Justicia del Resguardo, expedido el 6 de julio de 2018. Dicho reglamento prevé como faltas graves el homicidio, y dispone que al embera que (¡) comete un homicidio de

manera cruel y alevosa, se le sancionará con treinta (30) años de trabajo forzado, sin rebaja de pena. Este reglamento tampoco tipifica el delito de feminicidio. Ahora bien, el gobernador mayor no allegó copia de las actuaciones de investigación y juzgamiento adelantadas en contra de los accionantes.

1. Alberto Wazorna. El 13 de agosto de 2019, Alberto Wazorna⁷⁷ señaló que «la condena [de] los accionantes se hizo en base a (sic) la ley de origen, el derecho mayor y el derecho propio»⁷⁸, de conformidad con la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y las leyes 89 de 1890 y 21 de 1991. Además, adujo que «las condenas [no] se hacen de manera individual sino [que] la decisión [es] tomada a través de una Asamblea General»⁷⁹. Finalmente, señaló que la condena «se [impuso] a través de un profundo análisis del delito, circunstancia de violación del derecho que tenemos como seres humanos y de la magnitud del daño causado a la víctima y por medio de la Resolución No 02 del 1º de marzo de 2018»⁸⁰.

1. Dirección Regional Viejo Caldas del INPEC. El 13 de agosto de 2019, la directora regional del INPEC Viejo Caldas solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva⁸¹. Al respecto, señaló que no tiene competencia para ordenar el traslado de los accionantes al Resguardo o a cualquier otro establecimiento penitenciario y carcelario del INPEC. De un lado, manifestó que en este caso corresponde a las autoridades indígenas «determinar que los accionantes sean enviados a los resguardos que ellos mismos indican, porque pertenecen a una jurisdicción especial y el [INPEC] debe acatar la orden que sea impartida»⁸². Esto, por cuanto «las autoridades indígenas son las que solicitan la reclusión de los individuos en establecimiento penitenciario»⁸³. De otro lado, indicó que «la única autoridad legalmente instituida para ordenar traslados de personal interno es el Director General del INPEC»⁸⁴, por lo que «las Direcciones Regionales (¡) no tienen competencia para ordenar (¡) traslados de personal interno»⁸⁵.

1. EPAMS La Dorada. El 15 de agosto de 2019, el director del EPAMS La Dorada solicitó

negar las pretensiones de la tutela o, en su defecto, desvincular al establecimiento del proceso de tutela. Esto, por cuanto “no ha existido la vulneración a los derechos fundamentales [de los accionantes]”⁸⁶ “por parte de esta penitenciaria”. Además, adjuntó como prueba la cartilla biográfica de los accionantes y la documentación del expediente físico de su hoja de vida.

1. Sentencia de tutela de primera instancia. El 15 de agosto de 2019, el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Mistrató negó el amparo solicitado por los accionantes. Asimismo, ordenó desvincular del proceso a la Dirección General del INPEC, a la Dirección Regional Viejo Caldas del INPEC y al EPAMS La Dorada. En lo referido al derecho al debido proceso de los accionantes, concluyó que no hubo vulneración alguna, en tanto (i) los hechos fueron investigados “según la costumbre de la comunidad indígena, para quien la prueba de confesión es determinante para establecer la responsabilidad de los autores”⁸⁷; (ii) los accionantes “confesaron su crimen” y hubo “por lo menos un testimonio que incriminaba a los accionantes”⁸⁸; (iii) se impuso una sanción “equivalente” a las penas previstas para la misma conducta en la legislación nacional⁸⁹; (iv) la sanción impuesta “no es de aquellas proscritas por [la] Constitución” y (v) la “reclusión de los accionantes en un establecimiento penitenciario del INPEC está justificada por las razones expuestas por la comunidad, consignadas en el acta del 15 de febrero de 2018”⁸⁹ y en la Resolución 02 de 1 de marzo de 2018. En lo referido al supuesto desconocimiento del derecho de petición de los accionantes, concluyó que no había “prueba de la presentación del derecho de petición a las autoridades indígenas demandadas”⁹⁰, por lo que “no se ha vulnerado el derecho fundamental de petición”⁹¹. Esto, habida cuenta de que “no puede exigirse a alguien responder algo de lo cual no se conoce su contenido, por no habersele entregado”⁹².

1. Impugnación. El 26 de agosto de 2019, los accionantes impugnaron la decisión de primera instancia. Los accionantes expusieron los siguientes cuatro argumentos. Primero, las normas de la comunidad no prevén el feminicidio. En efecto, “[de] feminicidio se habla en la Ley 1761 de 2015, y nunca dentro de [su] comunidad”⁹³, por lo que, si bien los

accionantes "cometieron" un error", esto no tenía relación alguna "con el hecho de ser mujer"94, "como lo están haciendo ver las autoridades"95. Segundo, "hubo la violación del principio de contradicción"96, dado que "si bien es cierto que aceptaron cargos, desde ese mismo momento no tuvieron defensor ("!) no se habló jamás de quién defendió [su] causa"97. Tercero, la norma de la comunidad "nunca habla de prisión y sobre todo de prisión intramural, y con la justicia ordinaria"98. Cuarto, en relación con el derecho de petición, indicaron que el juez concluyó que "nunca [enviaron] estos derechos de petición"99, pese a que "la buena fe se presume, la mala se prueba, no [están] mintiendo".

1. Sentencia de tutela de segunda instancia. El 17 de octubre de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría confirmó la decisión de primera instancia. El Juzgado consideró que los sujetos accionados no vulneraron el derecho al debido proceso de los accionantes. Al respecto, señaló que la "asamblea (!)" era el máximo "órgano comunal, administrativo y judicial de esa comunidad", la cual juzgó a los accionantes "de manera aborígen, fijando conductas, responsabilidades por confesión, penas y aun solicitando el cumplimiento de la misma en "patio prestado"™ por el INPEC"100. Además, en lo referido al derecho de petición, advirtió que "el tratamiento a los derechos de petición por la recurrida en la denegación del amparo"101 fue acertada.

1. Actuaciones en sede en revisión. El 26 de noviembre de 2019, la Sala de Selección de Tutelas Número Once seleccionó el expediente T-7.694.614 para revisión102, y lo repartió a la Sala Primera de Revisión. El 3 de marzo de 2020, la Sala Primera de Revisión decretó la práctica de pruebas103, así como la suspensión de términos dentro del proceso.

1. Pruebas recaudadas. En cumplimiento de lo ordenado mediante el auto de pruebas de 3 de marzo de 2020, a este proceso fueron allegadas las pruebas comisionadas a (i) el Juzgado Ámbito Promiscuo Municipal de Mistratá y (ii) la Personería Municipal de La Dorada.

Asimismo, fueron allegados los informes solicitados a (iii) la Alcaldía de Mistratá³, (iv) el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (en adelante, ICANH), (v) el Ministerio del Interior, (vi) la Fiscalía General de la Nación, (vii) el EPAMS La Dorada, (viii) el EPAMS Pereira y (ix) la Policía Municipal de Mistratá³. La Sala Primera de Revisión también ordenó a las autoridades indígenas que remitieran copia de todas las actuaciones adelantadas en el marco del proceso de investigación y juzgamiento sub examine. Sin embargo, estas no remitieron las pruebas solicitadas.

I. CONSIDERACIONES

1. Objeto, problemas jurídicos y metodología de la decisión

1. Objeto de la decisión. La Sala Primera de Revisión advierte que la solicitud de tutela sub examine versa sobre la presunta vulneración de los derechos al debido proceso y de petición de los accionantes. De un lado, los accionantes cuestionaron algunas irregularidades en el proceso de investigación y juzgamiento adelantado por las autoridades del Resguardo en relación con el homicidio de Diocelina Davigama. En particular, manifestaron que dichas autoridades (i) no adelantaron investigación alguna, (ii) no les permitieron “defenderse”, (iii) impusieron una pena que no está prevista por “las normas de la comunidad” y (iv) resolvieron que la pena debía cumplirse en una cárcel del INPEC. De otro lado, los accionantes indicaron que las autoridades del Resguardo vulneraron su derecho de petición, porque estas no han dado respuesta a las solicitudes que han presentado “en varias ocasiones” acerca de la revisión de sus casos.

1. Problemas jurídicos. De conformidad con lo expuesto, corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

i. ¿La solicitud de tutela sub examine cumple los requisitos de procedibilidad?

ii. ¿Las autoridades tradicionales del Resguardo vulneraron el derecho al debido proceso de los accionantes, por incurrir en las irregularidades alegadas durante el proceso de investigación y juzgamiento sub examine?

iii. ¿Las autoridades del resguardo vulneraron el derecho de petición de los accionantes, por cuanto, según los actores, no han dado respuesta a sus peticiones?

1. Metodología de la decisión. Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala Primera de Revisión seguirá la siguiente metodología. Primero, expondrá la jurisprudencia constitucional sobre el derecho al debido proceso como límite al ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena. Segundo, analizará el alcance de la presunción de veracidad. Por último, resolverá el caso concreto.

1. Derecho al debido proceso. Límite al ejercicio de la Jurisdicción Especial Indígena

1. El artículo 246 de la Constitución Política reconoce a los pueblos indígenas el ejercicio de «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»¹⁰⁴. Este reconocimiento se funda en el respeto y protección a la diversidad étnica y cultural¹⁰⁵. En efecto, «del reconocimiento y protección a la diversidad étnica y cultural se desprende el derecho de los miembros de una comunidad indígena a ser juzgados por esta al igual que el correlativo derecho colectivo de la comunidad a juzgar a sus miembros y a resolver controversias de acuerdo con sus tradiciones»¹⁰⁶. El Convenio 169 de la OIT también reconoce que los Estados deberán respetar «los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros», «en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos».

1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el ejercicio de esta competencia tiene â€œcuatro elementos centralesâ€¹⁰⁷. Estos son: (i) â€œla posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indÃgenasâ€, (ii) â€œla potestad de estos de establecer normas y procedimientos propiosâ€, (iii) â€œla sujeciÃ³n de dicha jurisdicciÃ³n y normas a la ConstituciÃ³n y la leyâ€, asÃ como (iv) â€œla competencia del legislador para seÃ±alar la forma de coordinaciÃ³n de la jurisdicciÃ³n indÃgena con el sistema judicial nacionalâ€¹⁰⁸. Los dos primeros elementos comprenden el Ãmbito de autonomÃa â€œotorgado a las comunidades indÃgenasâ€¹⁰⁹. Dicha autonomÃa â€œse extiende no sÃlo al Ãmbito jurisdiccional sino tambiÃ©n legislativoâ€¹¹⁰, por cuanto prevÃ© la posibilidad de que las comunidades indÃgenas definan sus â€œnormas y procedimientosâ€¹¹¹, asÃ como â€œlas conductas sancionables o puniblesâ€¹¹², â€œla sanciÃ³nâ€¹¹³ y â€œla autoridad competente para imponerlaâ€¹¹⁴. Los Ãltimos dos elementos â€œconstituyen los mecanismos de integraciÃ³n de los ordenamientos jurÃdicos indÃgenas dentro del contexto del ordenamiento nacionalâ€¹¹⁵.

1. El ejercicio de la jurisdicciÃ³n indÃgena estÃ sometido a determinados lÃmites â€œespecÃficosâ€¹¹⁶. Estos lÃmites se fundan en los principios de â€œprimacÃa de los derechos fundamentalesâ€¹¹⁷ y de interdicciÃ³n de la arbitrariedad¹¹⁸. AsÃ, las restricciones y lÃmites a la autonomÃa jurisdiccional de las comunidades indÃgenas son: (i) â€œel nÃcleo de derechos intangiblesâ€¹¹⁹, reconocidos en la ConstituciÃ³n y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, y (ii) los demÃs derechos fundamentales. Respecto de los derechos intangibles, esta Corte ha sostenido que estos constituyen un â€œlÃmite absoluto que trasciende cualquier Ãmbito autonÃmico de las autoridades indÃgenasâ€¹²⁰. En su jurisprudencia inicial, la Corte sostuvo que â€œeste nÃcleo de derechos intangibles incluirÃa solamente el derecho a la vida, la prohibiciÃ³n de la esclavitud y la prohibiciÃ³n de la torturaâ€¹²¹. No obstante, ha reconocido otras garantÃas â€œque marcan un lÃmite claro del fuerte vÃnculo que liga a las comunidades indÃgenas con sus integrantesâ€, tales como la prohibiciÃ³n de imponer penas de destierro, prisiÃ³n perpetua y confiscaciÃ³n¹²².

1. Respecto de los demás derechos fundamentales, la Corte ha resaltado que estos deben «mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias»¹²³. Esto implica que las decisiones judiciales de las comunidades indígenas deben ser razonables y proporcionadas. Por tanto, la validez constitucional de la actuación de las autoridades indígenas debe «establecerse a través de un ejercicio de ponderación en cada caso concreto»¹²⁴ y en consideración del «contexto cultural específico»¹²⁵. En todo caso, cuando se trate de asuntos internos, «los derechos de la comunidad gozan de un peso mayor, prima facie, en virtud del principio de «maximización de la autonomía»¹²⁶, de tal suerte que las restricciones a la autonomía deben referirse a «lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre»¹²⁷. En este segundo grupo de derechos se encuentra el derecho al debido proceso y las demás garantías constitucionales que derivan de él¹²⁸.

1. La Corte Constitucional ha señalado, de forma reiterada, que el «derecho fundamental al debido proceso constituye un límite jurídico-material de la jurisdicción especial que ejercen las autoridades de los pueblos indígenas»¹²⁹. Si bien las autoridades indígenas pueden aplicar sus «normas y procedimientos»¹³⁰, dichas facultades deben respetar el «compromiso de garantías constitucionales»¹³¹ previstas por el artículo 29 de la Constitución Política. Las «reglas mínimas»¹³² del debido proceso son: (i) el principio de juez natural¹³³, (ii) la presunción de inocencia¹³⁴, (iii) el derecho de defensa¹³⁵, (iv) la prohibición de la responsabilidad objetiva y el principio de culpabilidad individual¹³⁶, (v) el principio de non bis in idem¹³⁷, (vi) la no obligatoriedad de la segunda instancia¹³⁸, (vii) la razonabilidad y proporcionalidad de las penas¹³⁹ y (viii) el principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas¹⁴⁰. Al respecto, esta Corte ha señalado lo siguiente:

1. Principio de juez natural. La Constitución reconoce a los individuos «un derecho personal al juez natural»¹⁴¹. Esto comprende el derecho a ser juzgado por un juez competente. En el caso de las comunidades indígenas, esto implica el reconocimiento del «fuero indígena»¹⁴², entendido como «el derecho de los miembros de las

comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos¹⁴³. La configuración del fuero indígena debe ser analizada a partir de cuatro elementos definidos por la jurisprudencia constitucional, a saber: (i) subjetivo o personal, (ii) objetivo, (iii) territorial o geográfico y (iv) institucional¹⁴⁴. La competencia de la Jurisdicción Especial Indígena se activa cuando se reúnen los elementos del fuero indígena, según las particularidades de cada caso concreto. Por el contrario, cuando el sujeto procesado no reúne tales elementos que acreditan el fuero, la Jurisdicción Ordinaria se constituye en el juez natural competente.

1. Presunción de inocencia. Las autoridades indígenas deben respetar la presunción de inocencia constitucional que ampara a los acusados¹⁴⁵. Esto implica que la responsabilidad individual debe ser probada mediante los elementos materiales probatorios que las autoridades indígenas consideren relevantes y suficientes¹⁴⁶. Por tanto, no son admisibles decisiones arbitrarias, adoptadas sin un mínimo respaldo en evidencias que acreditan la responsabilidad individual¹⁴⁷.

1. Derecho de defensa. Las autoridades indígenas deben respetar el derecho de defensa de los individuos. Esta garantía conlleva el derecho [del procesado] a intervenir en el curso del proceso en defensa de sus intereses¹⁴⁸, a conocer y controvertir los cargos¹⁴⁹ en su contra, así como a aportar las pruebas que considere pertinentes, contravirtiendo las que aporte su contraparte¹⁵⁰. En atención a las particularidades de las comunidades, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la posibilidad de que la defensa pueda ser ejercida por los mismos procesados o por sus familias, que no necesariamente mediante abogado¹⁵¹.

1. Prohibición de la responsabilidad objetiva y principio de culpabilidad individual. Las autoridades indígenas deben imponer penas fundadas en la responsabilidad individual o culpabilidad del procesado¹⁵². Está proscrita la responsabilidad objetiva¹⁵³.

1. Principio de non bis in Ñdem. Las autoridades indÑgenas deben abstenerse de sancionar dos veces a una persona por un mismo hecho¹⁵⁴. En algunos casos, la Corte ha reconocido la posibilidad de que las autoridades indÑgenas impongan diferentes tipos de penas o ñcastigosñ respecto de una misma conducta, siempre que estas cumplan distintas finalidades¹⁵⁵. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la pena del fuate, que es una sanciÑn ñde orden moralñ¹⁵⁶, que busca ñpurificar al individuoñ y (ñ) ñdevolver la armonÑañ a la comunidadñ¹⁵⁷, y la pena de prisiÑn, que es de tipo jurÑdico, y sanciona conductas mÑs ñgravesñ¹⁵⁸. En todo caso, no corresponde al juez constitucional evaluar la validez de las penas corporales impuestas de conformidad con el derecho propio¹⁵⁹. La imposiciÑn de este tipo de penas ñconstituye una facultad constitucionalmente protegida que ejercen las autoridades de la jurisdicciÑn especial indÑgenañ¹⁶⁰. Por lo demÑs, este principio tambiÑn conlleva la prohibiciÑn de que las autoridades ordinarias juzguen a los miembros de comunidades indÑgenas respecto de conductas por las que fueron sancionados previamente por las autoridades indÑgenas¹⁶¹.

1. No obligatoriedad de la segunda instancia. La segunda instancia ñno es obligatoriañ¹⁶² en los procesos que adelanten las autoridades indÑgenas. Esto, por cuanto, ñen el marco de los procedimientos ancestrales indÑgenas, existen autoridades cuyo rango sociocultural excluye la impugnaciÑn de sus decisionesñ¹⁶³.

1. Razonabilidad y proporcionalidad de las penas. Las autoridades indÑgenas ñno pueden imponer sanciones o penas que resulten desproporcionadas ni irrazonablesñ¹⁶⁴. Al respecto, la Corte ha sostenido que ñno son aceptables desde la perspectiva constitucional, aquellas sanciones que impliquen un ñcastigo desproporcionado e inÑtilñ o impliquen graves daÑos fÑsicos o mentalesñ¹⁶⁵. La determinaciÑn de la razonabilidad y proporcionalidad de las penas ñsolo puede hacerse a la luz de las circunstancias del caso concreto (duraciÑn de la pena, efectos en la integridad fÑsica o mental del condenado, el sexo, la edad, las condiciones de salud, el contexto socio-polÑtico,

etc.)¹⁶⁶. La jurisprudencia constitucional ha reconocido que constituyen penas desproporcionadas aquellas que «trasciendan a la persona del infractor, que afecten su ánimo vital, que sean irredimibles, o que impliquen un cercenamiento cultural»¹⁶⁷.

1. Principio de legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas. Las autoridades indígenas deben llevar acabo el juzgamiento de sus miembros «conforme a las normas y procedimientos»¹⁶⁸ de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas¹⁶⁸. Sin embargo, la Corte ha sostenido que «no puede exigirse al derecho propio de las comunidades estructurarse igual que el derecho nacional en términos de las exigencias de los principios de tipicidad, legalidad del procedimiento y la sanción»¹⁶⁹. Esto, por cuanto el derecho propio debe entenderse «como un sistema jurídico particular e independiente, no como una forma incipiente de derecho occidental o mayoritario»¹⁷⁰. En efecto, el derecho propio de las comunidades indígenas se caracteriza por la «oralidad»¹⁷¹ y «evocación comunitaria»¹⁷² 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»¹⁷³.

1. En tales términos, en los procesos adelantados ante la Jurisdicción Especial Indígena, el principio de legalidad implica una exigencia de «predecibilidad o previsibilidad»¹⁷⁴ de las actuaciones de las autoridades tradicionales. La predecibilidad o previsibilidad supone «la existencia de precedentes que permitan establecer, dentro de ciertos márgenes, qué conductas se consideran ilícitas, cuáles son los procedimientos para el juzgamiento, y cuál el tipo y el rango de las sanciones»¹⁷⁵, según «la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate»¹⁷⁶. Este estándar armoniza la protección de la diversidad étnica y cultural con las exigencias del principio de legalidad, por dos razones. De un lado, este estándar reconoce el carácter «dinámico»¹⁷⁷ del derecho propio, con el fin de evitar «evolver completamente»¹⁷⁸ las normas tradicionales¹⁷⁸. De otro lado, este estándar no habilita ejercicios arbitrarios en esta jurisdicción especial¹⁷⁹. Las autoridades tradicionales están obligadas «a actuar

conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social”¹⁸⁰.

1. La previsibilidad, en estos casos, deberá evaluarse con base en cuatro elementos definidos en la sentencia T-552 de 2003, a saber:

Elementos del principio de legalidad

Elementos para analizar la previsibilidad de las actuaciones de la justicia indígena

El juzgamiento fue adelantado por una “autoridad previamente constituida”.

Procesal

El juzgamiento fue adelantado “conforme a prácticas tradicionales que garanticen el derecho de defensa”.

Sustantivo

La ilicitud de la conducta está definida por “criterios tradicionales generalmente aceptados” por la comunidad.

Razonabilidad y proporcionalidad de la pena

La pena debe ser “comparable”. Esta no puede “resultar contraria a la garantía de los derechos fundamentales que como un mínimo común se aplican a todos los colombianos”, dentro de “los límites de lo interculturalmente tolerable”.

1. Al respecto, es necesario precisar el alcance de: (i) el elemento procesal y (ii) la razonabilidad y proporcionalidad de la pena. Primero, las autoridades tradicionales deben garantizar la “legalidad del procedimiento”¹⁸¹. Esto tiene dos implicaciones. La primera se refiere al uso de las sanciones corporales durante el proceso de investigación. A

pesar de que la jurisprudencia constitucional *“ha considerado admisible que, en ejercicio de la jurisdicción indígena, se impongan sanciones que impliquen cierto grado de afectación física como el cepo y el fuste”*¹⁸², estas *“prácticas no pueden ser utilizadas como parte de la investigación”*¹⁸³. Esto, por cuanto ello *“podría direccionar [la investigación] en un sentido específico, lo que afectaría la legalidad del procedimiento”*¹⁸⁴. Por lo demás, la imposición de este tipo de sanciones durante el procedimiento de investigación y juzgamiento debe garantizar el derecho de defensa y la dignidad del procesado. La segunda se refiere al deber de *“coherencia”*¹⁸⁵ o congruencia en el procedimiento de investigación y juzgamiento. La acusación o cargo en contra del comunero debe ser congruente con la pena impuesta. Solo así se garantiza el derecho de defensa del procesado y que *“la decisión final [no lo] tom[e] por sorpresa”*¹⁸⁶. Este deber debe garantizarse en mayor medida en los procesos penales.

1. Segundo, tal como se señala en el párr. 34, las autoridades indígenas no pueden imponer sanciones o penas que resulten desproporcionadas ni irrazonables¹⁸⁷. Para evaluar la razonabilidad y proporcionalidad a la luz del principio de legalidad, el juez constitucional debe tener en cuenta dos elementos. Estos son: (i) el quantum y (ii) el tipo de pena. De un lado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que la *“duración de la sanción puede ser objeto de modificaciones, según las costumbres de la comunidad”*¹⁸⁸. Sin embargo, las modificaciones del quantum punitivo también deben satisfacer el estándar de previsibilidad. Esto, con el fin de que los *“asociados tengan un ánimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades”*¹⁸⁹ y del *“rango de las sanciones”*¹⁹⁰ que estas pueden imponer a sus miembros. De lo contrario, la autonomía de las comunidades indígenas implicaría la inaplicación del principio de legalidad de las penas, lo que podría dar lugar a ejercicios jurisdiccionales arbitrarios. Esto podría *“deslegitimar la propia jurisdicción ante la misma comunidad que inicialmente la reclamaba y en cuyo beneficio se reconoció”*¹⁹¹. Por tanto, el juez debe analizar la razonabilidad y proporcionalidad de las modificaciones del quantum según las particularidades de cada caso concreto.

1. De otro lado, la razonabilidad y proporcionalidad de las penas implica analizar el "tipo de pena"192 impuesta. Las penas pueden ser "abiertas y cerradas"193. Las penas abiertas "son aquellas que contemplan mecanismos para su redención, pero en las cerradas no procede ningún beneficio"194. Si bien las autoridades indígenas pueden imponer "penas cerradas que no contemplen la posibilidad de redención"195, la sanción debe ser razonable y proporcionada en cada caso concreto. Para efectuar dicho análisis, el juez debe considerar que la redención de la pena "es un elemento importante en la etapa de ejecución de la pena privativa de la libertad en un sistema que privilegia como fin la resocialización de los internos"196. En efecto, la redención de la pena "no apunta únicamente a brindar la esperanza del interno de reducir el tiempo de su reclusión, sino también a la posibilidad de garantizarle que el cumplimiento de la condena se realice dentro de los límites de la dignidad humana"197. En la sentencia T-208 de 2015, la Sala Quinta de Revisión analizó la razonabilidad y proporcionalidad de una pena cerrada impuesta a un miembro de una comunidad indígena de Risaralda. En este caso, la Corte concluyó que "la imposición de una pena de sesenta años a una persona de 37 años de edad"198, "en un establecimiento penitenciario ordinario"199, que excluye "de entrada la posibilidad de redimir una parte de la pena, atenta de manera grave contra la dignidad de la persona humana"200. Esta sanción constituyó una pena desproporcionada, que desconoció el derecho del comunero "a la integridad cultural"201.

1. En la sentencia T-349 de 1996, la Sala Cuarta de Revisión estudió el alcance del principio de previsibilidad de las penas en relación con el proceso de juzgamiento adelantado por una comunidad embera chamá, de Risaralda, en contra de uno de sus miembros. En este caso, la Asamblea General de la comunidad condenó al accionante a "20 de años de cárcel", por el homicidio de otro comunero, a pesar de que "tradicionalmente" dicho delito era sancionado con una pena de "tres años de trabajo forzado y cepo". La comunidad alegó que el aumento de la pena estuvo justificado en "la calidad de la víctima", "los antecedentes de 'rebelde' del actor", "asegurar que la conducta no quedaría impune" y "evitar un enfrentamiento violento entre las familias involucradas en el conflicto". Sin embargo, para la Corte, la sanción impuesta desconoció el principio de previsibilidad de las penas y, por tanto, el derecho al debido

proceso del accionante. Esto, por cuanto la comunidad actuó por fuera de [lo] que era previsible para el actor, al imponer una sanción completamente extraña a su ordenamiento jurídico: una pena privativa de la libertad que debía cumplir en una cárcel blanca™ (¡), particularmente, porque la comunidad embera-chamã tiene definido un tipo de pena para cada conducta que desvaloriza, al contrario de otras comunidades en las que solo está definido el mecanismo por el cual va a llegar a definirse el castigo. Por tanto, la Corte amparó el derecho al debido proceso del accionante, y dejó sin efectos la decisión adoptada por la Asamblea General, con la posibilidad de que esta pudiese juzgar nuevamente al accionante.

1. Asimismo, en la sentencia T-098 de 2014, la Sala Novena de Revisión analizó el alcance del principio de previsibilidad de las penas, por la presunta vulneración del deber de coherencia en el procedimiento. En este caso, la Sala revisó una sanción de despido impuesta por los mamos a una funcionaria de la IPS indígena Wintukwa. Las autoridades tradicionales iniciaron un proceso disciplinario en contra de la accionante por la falta injustificada al trabajo como coordinadora, y, sin embargo, el resultado fue la terminación del contrato por el incumplimiento de la obligación de saneamiento espiritual. Esto tuvo por consecuencia que la accionante no contó con la oportunidad de presentar descargos sobre dichas acusaciones, tampoco se defendió de estas y la decisión final la tomó por sorpresa. Por tanto, la Sala Novena de Revisión determinó que los mamos vulneraron el derecho al debido proceso de la accionante, al desconocer el principio de previsibilidad. En efecto, la decisión de terminar el contrato por una conducta completamente distinta a la analizada en el proceso (¡) desconocen el ánimo de previsibilidad que exigen las decisiones adoptadas por los indígenas en virtud de la autonomía jurisdiccional. En consecuencia, la Sala amparó los derechos de la accionante, dejó sin efectos el proceso disciplinario, y solicitó a las autoridades indígenas que revisaran el proceso adelantado en contra de la accionante.

1. Imposición de penas privativas de la libertad en cárceles ordinarias. La Corte también ha reconocido que las autoridades indígenas pueden imponer penas privativas de la libertad

en establecimientos carcelarios ordinarios, sin que esto implique una vulneración al debido proceso o a la diversidad étnica y cultural. Al respecto, ha sostenido que, en principio, «la imposición y vigilancia en el cumplimiento de las condenas compete a las autoridades tradicionales»²⁰². Sin embargo, excepcionalmente, «se acepta que el indígena sea entregado por las autoridades de su resguardo o de su territorio al sistema penitenciario y carcelario del Estado colombiano»²⁰³. Esta medida excepcional puede ser necesaria por tres razones. Primero, para «preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general»²⁰⁴, esto es, por ejemplo, cuando existe el riesgo de retaliaciones por parte de los condenados, con el fin de evitar «la agudización de conflictos internos»²⁰⁵. Segundo, cuando «los territorios no cuentan con una estructura carcelaria propia»²⁰⁶, de tal manera que «es obligación del Estado, a través de sus autoridades, colaborar con aquella, por ejemplo, al prestar sus instalaciones físicas carcelarias»²⁰⁷. Tercero, para evitar «el riesgo de linchamiento al condenado»²⁰⁸, habida cuenta de la gravedad de la ofensa cometida en contra de la comunidad y del riesgo de que se administre «justicia por propia mano»²⁰⁹.

1. Ahora bien, en «todos estos casos»²¹⁰, las autoridades indígenas deben garantizar «la resocialización étnicamente diferenciada»²¹¹ de los individuos. Por tanto, las autoridades indígenas tienen la obligación de informar a los condenados, «de acuerdo con sus tradiciones y derecho propio (¡)»: (i) cada cuánto se revisará la ejecución de la condena, y (ii) en qué consiste el proceso de resocialización étnicamente diferenciado que debe surtir la persona condenada»²¹². Asimismo, los indígenas tienen derecho a ser reclusos «en espacios especiales»²¹³ en los establecimientos carcelarios. Esto implica que el pabellón de reclusión debe garantizar «en la mayor medida posible la conservación de sus usos y costumbres, y que se lleve a cabo un acompañamiento de las autoridades tradicionales de los resguardos o territorios a los que pertenecen»²¹⁴. Sin embargo, del derecho a la resocialización étnicamente diferenciada no deriva el derecho a «ser reclusos en recintos exclusivos»²¹⁵.

1. En suma, la autonomía de los pueblos indígenas para ejercer sus funciones

jurisdiccionales está limitada por la protección de los derechos fundamentales de sus miembros. La plena vigencia de los derechos fundamentales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica²¹⁶ forma parte del «enfoque intercultural» que debe ser respetado en todo caso²¹⁷. Por tanto, en los procesos de investigación y juzgamiento, las autoridades indígenas deben garantizar el respeto a la dignidad humana y el debido proceso de sus miembros. El desconocimiento de alguna de estas garantías constitucionales habilita la intervención del juez constitucional para proteger los derechos individuales de los miembros de las comunidades indígenas. Esto es así porque dichas restricciones «son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional»²¹⁸.

1. Presunción de veracidad

1. El artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 prevé «la presunción de veracidad». Esta disposición prescribe que el juez constitucional tendrá «por ciertos los hechos [de la solicitud de tutela] y entrará a resolver de plano»²¹⁹ cuando «requiera informes al órgano o a la autoridad contra quien se hubiere hecho la solicitud y estos no se han rendido»²²⁰. Esta presunción se funda en los «principios de inmediatez, celeridad y buena fe»²²¹ que orientan la acción de tutela, así como en la «obligatoriedad de las providencias judiciales»²²². De un lado, el juez constitucional tiene el deber de «resolver con prontitud sobre las acciones de tutela, dado que están de por medio derechos fundamentales»²²³. De otro lado, los sujetos accionados tienen «la obligación de rendir los informes requeridos por el juez»²²⁴.

1. En estos términos, la presunción de veracidad constituye «un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o el particular»²²⁵ durante el trámite de tutela. Dicho desinterés o negligencia puede predicarse respecto de la omisión de rendir los informes solicitados por el juez o «cuando el juez ordena al

demandado pronunciarse sobre los hechos de la acción y, sin embargo, este guarda silencio»²²⁶. Asimismo, esta presunción «puede aplicarse en dos escenarios»²²⁷. Estos escenarios son: (i) en caso de «omisión total», cuando «la autoridad o particular accionado omite completamente dar respuesta a la solicitud elevada por el juez constitucional»²²⁸; o (ii) en caso de «omisión parcial», cuando «la autoridad o particular da respuesta a la solicitud, pero esta se hace meramente formal, pues en el fondo no responde al interrogante planteado por el funcionario judicial»²²⁹.

1. Sin embargo, es necesario hacer tres precisiones en relación con el alcance de esta presunción. Primero, la presunción de veracidad «solo puede referirse a los «hechos de la demanda»»²³⁰. Esta presunción «únicamente cubre los supuestos fácticos que cimientan la vulneración de derechos fundamentales invocados, ya sea a título de acción u omisión»²³¹. Bajo ningún supuesto «pueden presumirse como ciertas otras cuestiones, entre ellas las de índole jurídica»²³².

1. Segundo, en algunos casos, la presunción de veracidad conlleva la «inversión de la carga de la prueba»²³³. Esta Corte ha señalado que, «en materia de tutela (¡), «el que puede probar debe probar»», lo cual redistribuye la carga probatoria en beneficio de la protección de los derechos»²³⁴. Esto implica analizar «la facilidad de aportar el material [probatorio] correspondiente» por parte de los sujetos procesales, con el fin de determinar quién tiene el «deber probar»²³⁵. Es razonable que «sea la parte privilegiada (¡) por su fácil acceso a los materiales probatorios en cuestión, quien deba asumir dicha carga procesal»²³⁶. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la inversión de la carga de la prueba en el caso de «las personas reclusas en los centros penitenciarios y carcelarios»²³⁷. La situación de privación de la libertad permite «entender que los internos no tienen facilidad de recaudar piezas procesales, ajenas a su declaración, para sustentar los hechos que pueden originar la violación o amenaza de sus derechos fundamentales»²³⁸. De ahí que el sujeto accionado deba «actuar con la mayor diligencia para recaudar el material probatorio que permita, en caso de que así lo considere pertinente, contrarrestar las declaraciones de los demandantes»²³⁹.

1. Por último, la presunción de veracidad no exime al juez del deber de decretar pruebas de oficio²⁴⁰. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el «decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal»²⁴¹. Este deber cobra especial relevancia en el trámite de tutela. El juez tiene el deber de «materializar un orden justo que se soporte en decisiones que consulten la realidad y permitan la vigencia del derecho sustancial»²⁴². Por tanto, «no puede el juez de tutela precipitarse a fallar dando por verdadero todo lo que afirma el accionante, sino que está obligado a buscar los elementos de juicio fácticos que, mediante la adecuada información, le permitan llegar a una convicción seria y suficiente de la situación fáctica y jurídica sobre la cual habrá de pronunciarse»²⁴³.

1. Caso concreto

1. La acción de tutela sub examine cumple con los requisitos de procedibilidad

1. Procedibilidad de la acción de tutela en contra de decisiones proferidas por las autoridades indígenas. La jurisprudencia constitucional ha reconocido la procedencia de la acción de tutela en contra de las decisiones proferidas por las autoridades indígenas en ejercicio de su jurisdicción especial²⁴⁴. En estos casos, la procedibilidad de la tutela se fundamenta en que «las personas afectadas con estas decisiones carecen de otro mecanismo de defensa judicial y se encuentran frente a quienes las adoptan en situación de subordinación y especial sujeción»²⁴⁵. Sin embargo, la competencia del juez constitucional se limita a «la protección de los derechos fundamentales de los individuos involucrados en el caso, sin que le sea posible invadir la órbita de las competencias exclusivas de las autoridades indígenas»²⁴⁶.

1. La acción de tutela sub examine cumple con los requisitos de procedibilidad. Esto es así por cuatro razones. Primero, la acción de tutela cumple con el requisito de legitimación en

la causa por activa. Los accionantes son titulares de los derechos fundamentales al debido proceso y de petición presuntamente vulnerados por las autoridades del Resguardo²⁴⁷. Esto, por cuanto son quienes (i) fueron investigados y juzgados por el Resguardo por el homicidio de la embera Diocelina Dovigama, y (ii) presuntamente presentaron sus derechos de petición a las autoridades del Resguardo. Segundo, la acción de tutela cumple con el requisito de legitimación en la causa por pasiva. La acción de tutela fue interpuesta en contra de las autoridades tradicionales del Resguardo, que (i) investigaron y juzgaron a los accionantes, y (ii) presuntamente no contestaron los derechos de petición de los accionantes. En el presente trámite fueron accionados y vinculados (a) los distintos gobernadores mayores del Cabildo, quienes ejercen la representación de la comunidad, así como (b) el Consejo de Justicia y sus integrantes, quienes tienen la competencia para adelantar el proceso de investigación respecto de las faltas cometidas por los miembros de la comunidad²⁴⁸. Pues bien, tanto los gobernadores mayores como los integrantes del Consejo de Justicia ostentan la calidad de autoridad tradicional, por cuanto “ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización gobierno, gestión o control social”, según lo dispuesto por el artículo 2.14.7.1.2 del Decreto 1071 de 2015²⁴⁹.

1. Tercero, la acción de tutela cumple con el requisito de subsidiariedad. Los accionantes no cuentan con otro medio de defensa judicial para controvertir la decisión de las autoridades tradicionales. Al respecto, en sede de revisión, las autoridades indígenas confirmaron que sus “usos y costumbres” no prevén la posibilidad de apelar o controvertir las decisiones adoptadas por la Asamblea General²⁵⁰. Cuarto, la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez. La solicitud de tutela fue interpuesta en un término oportuno y razonable, habida cuenta de las condiciones particulares de los accionantes. A pesar de que los accionantes presentaron la solicitud de tutela el 18 de julio de 2019, esto es, un año y cuatro meses después de haber sido condenados por las autoridades tradicionales y recluidos en un establecimiento penitenciario del INPEC, la Sala considera que existen varias razones que justifican la “inactividad”²⁵¹ de los accionantes, a saber: (i) los accionantes se encuentran privados de la libertad, por lo que “el juez de tutela debe ser sensible a las condiciones especiales de vulnerabilidad, exclusión, marginalidad y precariedad en las que se encuentran este grupo de individuos”²⁵², especialmente,

cuando se trata de miembros de comunidades indígenas; y (ii) los accionantes manifestaron, en sede de revisión, que interpusieron tarde [la tutela], porque muchas veces [pidieron] la intervención del cabildo mayor, pero nunca [los] ayudaron»²⁵³. Estas condiciones justifican razonablemente la interposición tardía de la presente acción de tutela.

1. En tales términos, la Sala Primera considera que la acción de tutela sub examine cumple con los requisitos de procedibilidad. Por tanto, verificar si las autoridades tradicionales del Resguardo vulneraron los derechos al debido proceso y de petición de los accionantes.

1. Las autoridades tradicionales del Resguardo vulneraron el derecho al debido proceso de los accionantes

1. Las autoridades tradicionales del Resguardo vulneraron el derecho al debido proceso de los accionantes. Esto, por cuanto las autoridades desconocieron (i) el derecho de defensa de los accionantes y (ii) el principio de legalidad de los delitos y las penas.

1. Las autoridades tradicionales del Resguardo vulneraron el derecho al debido proceso de los accionantes, porque desconocieron su derecho de defensa. Los accionantes manifestaron que las autoridades tradicionales no les permitieron «defenderse» durante el proceso de investigación y juzgamiento sub examine. Según los actores, esto implicó que ellos no pudieran (i) conocer y controvertir las pruebas en su contra²⁵⁴, (ii) «defenderse» durante el proceso, en tanto «no se habló jamás de quién defendió [su] causa»²⁵⁵, ni (iii) «participar en el momento del juicio condenatorio»²⁵⁶. Por su parte, las autoridades tradicionales del Resguardo no allegaron prueba alguna que diera cuenta de que los accionantes pudieron ejercer su derecho de defensa durante el proceso de investigación y juzgamiento.

1. Para la Sala Primera de Revisi3n de Tutelas, existen tres razones que permiten “tener por ciertos” los hechos de la solicitud de tutela en relaci3n con la presunta vulneraci3n del derecho al derecho de defensa de los accionantes. Estas razones son: (i) los sujetos accionados no se pronunciaron acerca de la presunta vulneraci3n del derecho de defensa alegada por los accionantes durante el tr3mite de la presente acci3n, (ii) los sujetos accionados no allegaron copia de las actuaciones adelantadas en el marco del proceso de investigaci3n y juzgamiento sub examine y (iii) existe un principio de prueba que permite concluir que las autoridades tradicionales suspendieron algunas garant3as procesales de los accionantes en el caso concreto.

1. Primero, las autoridades tradicionales no se pronunciaron acerca de la presunta vulneraci3n del derecho de defensa alegada por los accionantes. Durante el tr3mite sub examine, los accionantes alegaron, de manera reiterada, la vulneraci3n de su derecho de defensa. Esto lo manifestaron en la solicitud de tutela, en la impugnaci3n y en sede de revisi3n. Sin embargo, las autoridades tradicionales del Resguardo no se pronunciaron al respecto. En la contestaci3n de la acci3n de tutela, estas se limitaron a mencionar que los accionantes fueron condenados por “el Consejo de Justicia y la comunidad ind3gena en general”²⁵⁷, por “la muerte de la se±ora Diocelina Davigama”²⁵⁸, y que esta decisi3n “fue aprobada” en la Asamblea General donde participaron 1600 personas y es v3lido, la aprobaci3n”²⁵⁹. En sede de revisi3n, ninguno de los integrantes del Resguardo controverti3 la presunta vulneraci3n del derecho de defensa de los accionantes, ni en sus declaraciones, ni durante el t3rmino del traslado de las pruebas. En efecto, ninguno de ellos manifest3 que los accionantes hubiesen tenido la oportunidad de: (i) conocer y controvertir las pruebas en su contra²⁶⁰, (ii) defender “su” causa”²⁶¹ ni (iii) “participar en el momento del juicio condenatorio”²⁶².

1. Segundo, las autoridades tradicionales del Resguardo no allegaron copia de las actuaciones adelantadas en el marco del proceso de investigaci3n y juzgamiento. En el tr3mite de esta acci3n, el juez de primera instancia²⁶³ y esta sala de revisi3n²⁶⁴

solicitaron copia de todas las actuaciones del proceso de investigación y juzgamiento adelantado en contra de los accionantes. Sin embargo, las autoridades tradicionales solo allegaron el acta de 15 de febrero de 2018 y la Resolución 02 de 2018, mediante las cuales condenaron a los accionantes. Esto, a pesar de que, en las declaraciones rendidas en sede de revisión, los integrantes del Consejo de Justicia de la comunidad afirmaron que el Resguardo conserva “las actas” 265 de otras actuaciones, tales como la “confesión” de los accionantes y la “declaración” de la señora Teresa Davigama. Asimismo, el acta de la Asamblea General, de 15 de febrero de 2018, refiere que la pena impuesta a los accionantes “se [dio] apoyados en los testimonios de testigos que afirmaron que estos dos emberas son responsables del asesinato, además que es respaldada por la información dada por la policía de Mistratá”. Por tanto, es razonable concluir que el Resguardo contaba con distintos medios de prueba relacionados con el proceso de investigación y juzgamiento adelantado en contra de los accionantes. No obstante, no allegaron dichas pruebas ni adujeron razón alguna para justificar dicha omisión.

1. Las autoridades tradicionales otorgaron un alcance irrazonable a la presunta confesión de los accionantes. Según las declaraciones de los consejeros de justicia, la confesión de los accionantes estuvo referida solo a su responsabilidad sobre los hechos, que no respecto de los otros elementos con base en los cuales el Resguardo los condenó a “treinta años de prisión” por el delito de “feminicidio”. Al respecto, los consejeros de justicia afirmaron que los accionantes solo manifestaron lo siguiente: “matamos nosotros, para qué vamos a negar ya. Como ya estamos pagando la sanción, entonces fuimos nosotros”. De esta presunta confesión no deriva un reconocimiento de responsabilidad respecto del delito de “feminicidio”, ni de la intención “cruel”, la “alevosía” y “sevicia”, que justificó la sanción impuesta por el Resguardo. De hecho, esto fue alegado por los accionantes en su escrito de impugnación, quienes señalaron que, si bien ellos “[cometieron] un error”, este no guardaba relación alguna “con el hecho de ser mujer” 266, “como lo están haciendo ver las autoridades” 267.

1. Las autoridades tradicionales otorgaron un efecto irrazonable a la presunta confesión de los accionantes. Aun cuando los accionantes presuntamente confesaron su responsabilidad sobre los hechos, la confesión no tiene el efecto de anular el derecho de cualquier procesado a conocer y controvertir todas las pruebas en su contra. Al respecto, la Sala observa que el acta de la Asamblea General y las declaraciones de los integrantes del Resguardo refieren que los accionantes fueron condenados con base en su "confesión", "los testimonios de testigos que afirmaron que estos dos emberas son responsables del asesinato" 268 y "la información dada por la Policía" 269 de Mistrat. No obstante, no está acreditado que los accionantes hubiesen tenido la oportunidad de conocer y controvertir algunas de estas pruebas. Esto, a pesar de que el caso sub examine era indispensable garantizar el derecho de contradicción de los accionantes, en atención a: (i) el contenido de la presunta confesión y (ii) las circunstancias en las que se produjo tal confesión.

De un lado, como se señalaba en el párr. 50.3.1, los accionantes solo confesaron su responsabilidad sobre los hechos, que no respecto del delito de feminicidio, la crueldad ni la "alevosía y sevicia". Por tanto, resultaba indispensable que las autoridades tradicionales permitieran que los accionantes pudieran conocer y controvertir aquellos elementos probatorios que justificaron la graduación de la pena en el caso concreto. Esto comprende el derecho de los accionantes de conocer y controvertir los testimonios recaudados por el Consejo de Justicia de la comunidad y la información aportada por la Policía Nacional. Ahora bien, la Sala advierte que uno de los accionantes, Pablo Emilio Dovigama, tiene condenas e investigaciones pendientes ante las autoridades ordinarias, por los delitos de homicidio, tráfico de estupefacientes, hurto, entre otros 270. Aun cuando la investigación y juzgamiento de estas conductas no es competencia de las autoridades indígenas, en caso de que estas hubiesen tenido en cuenta dichos antecedentes para acreditar la reincidencia del accionante, y con base en ello graduar la pena, dicha cuestión también debió haber sido informada a los accionantes, para que pudieran ejercer su derecho de defensa y contradicción en relación con este asunto.

De otro lado, las autoridades tradicionales debieron garantizar el pleno ejercicio del derecho de defensa de los accionantes en atención a las circunstancias en las cuales se produjo la confesión. Esta se produjo mientras los accionantes se encontraban en el “cepo”²⁷¹, y luego de “dos semanas”²⁷². Si bien la Sala no cuestiona la validez de esta sanción corporal, advierte que su uso durante la etapa de investigación puede “dirigir[la] en un sentido específico, lo que afectaría la legalidad del procedimiento”²⁷³. En esta medida, era necesario que los accionantes conservaran todas las garantías durante el proceso de investigación y juzgamiento. Para la Sala, aun cuando los usos y costumbres de la comunidad reconocen que la prueba de la confesión es suficiente para demostrar la responsabilidad individual²⁷⁴, esta no puede tener el efecto anular las garantías procesales de los comuneros, como sucedió en este caso.

1. Las autoridades tradicionales impidieron que los accionantes pudieran ejercer su derecho de defensa durante el proceso de juzgamiento. La Sala constata que las autoridades no permitieron que los accionantes, sus familias o algún otro miembro de su comunidad pudiera defender sus intereses ante el Consejo de Justicia o la Asamblea General. Al respecto, Arnoldo Siagama, uno de los consejeros de justicia del Resguardo, afirmó que, en el caso de los accionantes, la Asamblea General decidió que el delito de homicidio sería sancionado por “30 años, sin abogado, sin nada (¡)”. Ya con estos dos compañeros dieron el ejemplo, si mata a una persona, derechamente, sin ningún abogado, se va a ir directamente a la cárcel”²⁷⁵. Esto da cuenta de que, en el caso de los accionantes, las autoridades tradicionales anularon, por completo, ciertas garantías procesales que, de ordinario, reconocen a sus comuneros, tales como el derecho a que los procesados o un tercero defiendan sus intereses ante el Consejo de Justicia o la Asamblea General. Pues bien, tal como se señaló en el párr. 30, el derecho de los comuneros a “intervenir en el curso del proceso en defensa de sus intereses”²⁷⁶, por sí mismos o mediante un tercero, forma parte del “esquema de garantías constitucionales”²⁷⁷ que deben respetar las comunidades indígenas en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, en todo caso.

1. Por tanto, la Sala Primera de Revisión aplicará la presunción de veracidad en este caso.

Esto, por dos razones. Primero, las autoridades tradicionales tenían la carga de la prueba. Los sujetos accionados, “por su fácil acceso a los materiales probatorios”²⁷⁸, estaban en la obligación de aportarlos. En efecto, la situación de privación de la libertad de los accionantes permite concluir que ellos “no tienen facilidad de recaudar piezas procesales, ajenas a su declaración, para sustentar los hechos que pueden originar la violación o amenaza de sus derechos fundamentales”²⁷⁹. Así que correspondía a las autoridades tradicionales aportar las pruebas solicitadas, en tanto dichas pruebas se encuentran en el “archivo”²⁸⁰ del Resguardo. Segundo, la aplicación de la presunción de veracidad en este caso no resulta irrazonable ni desproporcionada. Las autoridades tradicionales tuvieron la oportunidad de: (i) ejercer su derecho de contradicción respecto de la presunta vulneración del derecho de defensa de los accionantes, (ii) justificar por qué no remitieron las pruebas solicitadas, así como (iii) aportar otras pruebas que dieran cuenta, razonablemente, de cada una de las actuaciones “incluidas las actuaciones orales del procedimiento” adelantadas en contra de los accionantes durante el proceso de investigación y juzgamiento sub examine. Sin embargo, los sujetos accionados no justificaron dicha omisión.

1. Por lo demás, los efectos de la omisión de las autoridades tradicionales de aportar todas las pruebas solicitadas no pueden ser trasladados a los accionantes. Esto implicaría negar el amparo solicitado, a pesar de que la Sala no cuenta con elemento alguno que permita desvirtuar la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes. Por el contrario, las pruebas permiten inferir que las autoridades tradicionales vulneraron el derecho de defensa de los accionantes. No aplicar la presunción de veracidad en este caso implicaría admitir que la omisión probatoria de los sujetos accionados surte el efecto de inhibir la competencia del juez constitucional. En efecto, esto tendría como consecuencia que las actuaciones adelantadas en el proceso de investigación y juzgamiento sub examine estarían, materialmente, exentas del control constitucional. Por tanto, la Sala Primera de Revisión de tutelas “deberá por ciertos los hechos”²⁸¹ de la solicitud de tutela, referidos a la presunta vulneración del derecho de defensa de los accionantes, y, en consecuencia, conceder el amparo solicitado.

1. Las autoridades tradicionales del Resguardo vulneraron el derecho al debido proceso de los accionantes, porque desconocieron el principio de legalidad de los delitos y las penas. La sanción impuesta por los sujetos accionados desconoció el estándar de previsibilidad de las penas. Esto, porque esta sanción: (i) no garantizó el derecho de defensa de los accionantes (elemento procesal) y (ii) es desproporcionada (elemento de razonabilidad y proporcionalidad).

1. Primero, la pena impuesta no era previsible, en tanto las autoridades tradicionales desconocieron el derecho de defensa de los accionantes. Esto es así por dos razones. En primer lugar, tal como se señalaba en los párrafos 49 a 52, las autoridades tradicionales no garantizaron el derecho de defensa de los accionantes durante el proceso de investigación y juzgamiento sub examine. En segundo lugar, las autoridades tradicionales desconocieron el deber de coherencia del procedimiento. Para la Sala, ninguna de las actuaciones adelantadas en contra de los accionantes permite inferir que las autoridades tradicionales los investigaron y juzgaron por el delito de feminicidio “que no ha sido tipificado en los distintos reglamentos de justicia de la comunidad”. No está acreditado que: (i) el Consejo de Justicia hubiese informado a los accionantes que estaban siendo investigados por el delito de feminicidio, dado que esto no fue mencionado por ninguno de los miembros del Resguardo, ni que (ii) la Asamblea General hubiese condenado a los accionantes por dicho delito, en tanto el acta de 15 de febrero no incluye anotación alguna al respecto. La única referencia al delito de feminicidio se encuentra en la Resolución 02 de 2018. Mediante esta resolución, el Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia oficializaron la condena impuesta por la Asamblea General, y entregaron a los accionantes al INPEC, por lo que los accionantes actualmente se encuentran reclusos y en etapa de ejecución de la pena 281 por el delito de feminicidio (ver párr. 10). En tales términos, la decisión del Resguardo de condenar a los accionantes por el delito de feminicidio constituye un desconocimiento del deber de coherencia, que vulnera el principio de previsibilidad. Los accionantes no pudieron conocer ni controvertir este cargo durante el proceso de investigación y juzgamiento, a pesar de que este es el delito por el cual los accionantes se encuentran privados de su libertad.

1. Segundo, la pena impuesta no era previsible, en tanto las autoridades tradicionales impusieron una pena desproporcionada. El quantum y el tipo de pena impuesta a los accionantes no era previsible. Las autoridades tradicionales condenaron a los actores a â€œtreinta aÃ±os de prisiÃ³n, sin rebaja de penaâ€, en una cÃ¡rcel ordinaria. Si bien la Sala no cuestiona la facultad de la comunidad embera chamÃ de modificar las sanciones (duraciÃ³n y tipo de pena) previstas por sus normas, en este caso, dichas modificaciones no se enmarcan dentro del margen de previsibilidad del â€œtipo y el rango de las sancionesâ€ que las autoridades indÃgenas podÃan imponer a los accionantes. Esto, en atenciÃ³n a tres razones analizadas en su conjunto:

1. El quantum punitivo impuesto a los accionantes no es comparable con alguna otra sanciÃ³n reconocida por las autoridades tradicionales. Dicho quantum representa casi el triple de la pena mÃxima reconocida por el reglamento interno para sancionar el delito de homicidio o cualquier otro delito dentro de la comunidad²⁸². En efecto, para la Ã©poca en que ocurrieron los hechos (3 de febrero de 2018), la pena mÃxima prevista por el reglamento de justicia era de doce (12) aÃ±os para el delito homicidio â€œcon ventajaâ€ y en caso de reincidencia del comunero²⁸³. Sin embargo, en este caso, las autoridades tradicionales condenaron a los accionantes a â€œtreinta aÃ±osâ€, sin que estÃ© demostrado que en el proceso fue acreditada la crueldad, alevosÃa o sevicia (pÃrr. 50.3.1 a 50.3.2), asÃ como tampoco estÃ probado que las autoridades tradicionales hubiesen valorado la presunta reincidencia de uno de los accionantes como un elemento para graduar la pena en el caso concreto (pÃrr. 50.3.2). En efecto, ni el Acta de la Asamblea General ni la ResoluciÃ³n 02 de 2018 contienen referencia alguna acerca de la â€œreincidenciaâ€ de los accionantes.

1. El tipo de pena impuesta a los accionantes no es comparable con otras sanciones reconocidas por las autoridades tradicionales. Las autoridades tradicionales condenaron a los accionantes a cumplir su pena en una cÃ¡rcel ordinaria. Sin embargo, de las pruebas allegadas a este trÃmite, no es posible acreditar que el Resguardo reconociera con anterioridad las penas de prisiÃ³n en cÃárceles ordinarias. Esto, por cuanto (i) ninguna de las

normas del reglamento vigente para la época de ocurrencia de los hechos prevalece tal sanción. Las únicas penas previstas por tal normativa eran el “cepo” y el “trabajo rotado por veredas”²⁸⁴. Asimismo, (ii) las declaraciones de los integrantes del Resguardo tampoco permiten concluir que esta pena fuese reconocida en su comunidad con anterioridad al proceso de investigación y juzgamiento sub examine. Las declaraciones son contradictorias al respecto. Algunos comuneros afirmaron que dicha sanción fue impuesta por primera vez a los accionantes²⁸⁵. Otro comunero indicó que esta ha sido aplicada desde 2016²⁸⁶. Por tanto, no es posible afirmar que dicha pena se encontrara dentro del margen de previsibilidad del tipo de sanciones previstas por la comunidad.

1. La imposición de una pena cerrada en este caso surte un efecto desproporcionado. La pena impuesta a los accionantes no reconoce la posibilidad de “rebaja de pena”. Esto implica que, de confirmarse esta sanción, los accionantes estarían privados de su libertad, por treinta años, en una cárcel ordinaria y alejados de su comunidad, a pesar de que las normas y las autoridades del Resguardo no reconocían dicho quantum punitivo ni las penas de prisión en cárceles ordinarias. Por tanto, dicha sanción desconoce el margen de previsibilidad de las penas; máxime cuando esta comunidad embera chamá “es” tiene definido un tipo de pena para cada conducta que desvaloriza²⁸⁷ en su reglamento interno de justicia. Así que era razonable que los accionantes confiaran en que las autoridades tradicionales aplicarían las normas de la comunidad, “conforme lo ha[bían] hecho en el pasado”²⁸⁸, que no mediante la imposición de una pena que, por demás, se asemeja más a las penas del derecho mayoritario.

1. Por las anteriores razones, la Sala Primera de Revisión de Tutelas amparará el derecho al debido proceso de los accionantes. Habida cuenta de (i) las consideraciones acerca de la vulneración del derecho de defensa y (ii) la desproporción de la pena impuesta a los accionantes, la intervención del juez constitucional es la única alternativa que permite armonizar la autonomía de la comunidad indígena y el derecho al debido proceso de los accionantes. Esto es así porque esta decisión satisface de manera intensa los derechos al debido proceso y a libertad personal de los accionantes, e implica una afectación leve a la

autonomía de la comunidad. En efecto, las autoridades tradicionales conservan, en todo caso, su competencia para investigar y juzgar nuevamente a los accionantes por los hechos relacionados con el homicidio de la embera Diocelina Davigama. Por el contrario, confirmar las decisiones de instancia, que negaron el amparo solicitado, surtiría un efecto desproporcionado en los derechos fundamentales de los accionantes. Esto implicaría: (i) dejar en firme una condena no prevista por la comunidad, de 30 años de prisión en una cárcel ordinaria, (ii) que no reconoce beneficios para su redención, respecto de la cual los accionantes (iii) no pudieron ejercer su derecho de defensa, y (iv) no cuentan con medio judicial alguno para controvertirla o exigir su revisión por parte de las autoridades tradicionales.

1. Ahora bien, la Sala Primera de Revisión considera necesario precisar dos cuestiones acerca del alcance de esta providencia. Primero, la desproporción de la pena en el caso sub examine no desconoce la facultad de las comunidades indígenas para imponer penas privativas de la libertad en cárceles ordinarias. Como se señaló en los párrafos 36 y 37, la jurisprudencia constitucional ha avalado la imposición de este tipo de penas, cuando estas se fundan en (i) la preservación de la vida e integridad física de la comunidad, (ii) la ausencia de estructuras carcelarias en los resguardos o (iii) la evitación de posibles linchamientos a los condenados. De ahí que la Corte no cuestione la razonabilidad de esta pena en el caso concreto²⁸⁹, sino el efecto desproporcionado que esta surtió en el derecho de los accionantes a que las autoridades tradicionales actuaran dentro del margen de previsibilidad del tipo y el rango de las sanciones que estas podrían imponer a los comuneros. En otros términos, la desproporción deriva de la imposición de una pena cuyos elementos (quantum y tipo de pena) no eran previsibles, que no simplemente de la imposición de una pena privativa de la libertad.

1. Segundo, la Sala Primera destaca la importancia de la aplicación de enfoques diferenciales por parte de la Jurisdicción Especial Indígena, en especial, el enfoque de género. Tal como se señaló en la sentencia T-387 de 2020, «la protección de los derechos de las mujeres y la perspectiva de género»²⁹⁰ también debe encontrar

respaldo en las comunidades indígenas. Esto, por dos razones. De un lado, la protección de la mujer y la familia reviste una importancia equivalente para la sociedad mayoritaria y para las comunidades indígenas. De otro lado, desafortunadamente, el derecho a una vida libre de violencias continúa siendo una promesa incumplida con todas las mujeres, independientemente de si estas habitan en resguardos indígenas, áreas rurales o grandes ciudades²⁹¹. De ahí que resulte especialmente relevante que queden estipuladas dentro del reglamento propio y de justicia propia indígena el castigo a todas las [formas de] violencia contra la mujer²⁹². Según el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, solo si se cuenta con una ley estipulada dentro de las comunidades indígenas es viable que se puedan cumplir más fácilmente los derechos de las mujeres²⁹³.

1. Órdenes a impartir. La Sala Primera de Revisión de Tutelas revocar parcialmente las decisiones de instancia. En su lugar, amparar el derecho al debido proceso de los accionantes. Asimismo, dejar sin efectos las actuaciones judiciales adelantadas por las autoridades tradicionales del Resguardo Embera Chamú Unificado del Río San Juan en contra de los accionantes, en relación con el homicidio de la embera Diocelina Davigama. Esto, sin perjuicio de que las autoridades del Resguardo adelanten un nuevo proceso de investigación y juzgamiento en contra de los accionantes, por los hechos relacionados con el referido homicidio.

1. Por último, esta Sala ordenar a las autoridades tradicionales que trasladen a los accionantes al Resguardo, con el fin de que, de considerarlo necesario, adelanten nuevamente el proceso de investigación y juzgamiento en su contra, y garanticen su debido proceso en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia (ver párr. 27 a 38). Ahora bien, habida cuenta de que Pablo Emilio Davigama Nayaza registra antecedentes penales en la Jurisdicción Ordinaria, solo podrá ser trasladado en caso de que no tenga vigente alguna orden de captura o medida privativa de la libertad ordenada por las autoridades competentes. En este caso, las autoridades tradicionales deberán garantizar el derecho de defensa del accionante, quien podrá ejercerlo por sí mismo o por su familia, que no necesariamente abogado²⁹⁴, tal como lo ha señalado esta Corte (ver

párr. 30).

1. Las autoridades tradicionales del Resguardo no vulneraron el derecho de petición de los accionantes

1. Según la jurisprudencia constitucional, la protección del derecho de petición por medio de la acción de tutela supone que el interesado presentará una solicitud, “con fecha cierta (¡)”, ante la autoridad a la cual se dirige”²⁹⁵. Así, quien alegue la vulneración del referido derecho “no puede pretender que a través de la acción de tutela se ordene la protección (¡) cuando la [parte accionada] no ha realizado ninguna acción u omisión en detrimento de sus derechos fundamentales”, por cuanto el interesado ni siquiera “[tramita] el derecho de petición para que la accionada pudiera actuar”²⁹⁶.

1. En tales términos, la Sala considera que, tal y como lo advirtió el juez de primera instancia, las autoridades del resguardo no vulneraron el derecho de petición de los accionantes. Esto, porque los accionantes no demostraron haber tramitado los derechos de petición allegados al trámite de tutela. De ahí que no sea posible determinar que estas peticiones fueron presentadas ante las autoridades del Resguardo. Es más, durante el trámite de tutela, las autoridades tradicionales manifestaron desconocer el contenido de los referidos derechos de petición²⁹⁷. Por tanto, las autoridades tradicionales del Resguardo no vulneraron el derecho de petición de los accionantes, por cuanto no está acreditado que estas hubiesen recibido dichas solicitudes. Por lo demás, en sede de revisión, la Sala pudo constatar que, durante el trámite de primera instancia, una de las autoridades del resguardo contestó la solicitud de los accionantes²⁹⁸, por lo que el análisis del derecho de petición carece de objeto²⁹⁹.

1. Por tanto, la Sala Primera de Revisión de Tutelas confirmó las decisiones de instancia, que negaron el amparo del derecho de petición de los accionantes.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante el auto de 3 de marzo de 2020.

Segundo.- REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, que confirmó la proferida el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Ánico Promiscuo Municipal de Mistratá, que negaron el amparo del derecho al debido proceso y de petición de los accionantes. En su lugar, AMPARAR el derecho al debido proceso de Rigoberto Nayaza Davigama y Pablo Emilio Davigama Nayaza, por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero.- DEJAR SIN EFECTOS las actuaciones judiciales adelantadas por las autoridades tradicionales del Resguardo Embera Chamú Unificado del Río San Juan en contra de los accionantes, en relación con el homicidio de la embera Diocelina Davigama.

Cuarto.- ORDENAR a las autoridades tradicionales del Resguardo Embera Chamú Unificado del Río San Juan que trasladen a los accionantes al Resguardo, con el fin de que, de

considerarlo necesario, adelanten nuevamente el proceso de investigación y juzgamiento en su contra, y garanticen su debido proceso. Esto, siempre que los accionantes no tengan vigente una orden de captura o medida privativa de la libertad ordenada por las autoridades ordinarias. En este caso, las autoridades tradicionales deberán garantizar el derecho de defensa de los accionantes, en los términos señalados en la parte motiva de esta providencia.

Quinto.- LIBRAR por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

RICHARD S. RAMÍREZ GRISALES

Magistrado (e)

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁNCHEZ MENDOZA

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

A LA SENTENCIA T-510/20

Expediente: T-7.694.614

M.P.: Richard S. Ramírez Grisales (E)

Con absoluto respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuaci3n, presento las razones que me llevan a apartarme de la posici3n adoptada por la mayor3a de la Sala Primera de Revisi3n en la Sentencia T-510 del 11 de diciembre de 2020.

En esta providencia la Corte ampar3 el derecho fundamental al debido proceso de dos miembros del Resguardo Ind3gena Unificado Cham3 sobre el R3o San Juan, quienes fueron condenados en la jurisdicci3n especial ind3gena a la pena de treinta a3os de prisi3n por el homicidio de una comunera, luego que confesaran su responsabilidad en los hechos. Como consecuencia de ello, dispuso dejar sin efectos las actuaciones judiciales adelantadas por las autoridades tradicionales del resguardo y les orden3 a estas que trasladaran a los accionantes a su territorio con el fin de que, si lo consideraban necesario, adelantaran nuevamente el proceso de investigaci3n y juzgamiento en su contra, salvo que tuvieran vigente una orden de captura o medida privativa de la libertad emitida por las autoridades ordinarias.

Si bien no desconozco las irregularidades que pudieron presentarse en el proceso de investigaci3n y juzgamiento adelantado en contra de los actores como, por ejemplo, el hecho de que se les hubiese aplicado una pena no prevista en el reglamento interno de justicia de la comunidad, considero que, antes que anular toda la actuaci3n desarrollada por las autoridades ind3genas, se ha debido hacer un estudio de las normas que gobiernan a la comunidad Embera Cham3 sobre el R3o San Juan, distinguir entre sus distintas autoridades y aclarar el alcance de sus competencias en materia de investigaci3n y juzgamiento de delitos, de tal manera que hubiese claridad sobre cu3l o cu3les de dichas autoridades son las responsables de la conducta que eventualmente causar3a la vulneraci3n de los derechos fundamentales en discusi3n.

Observo que en esta comunidad hay varias autoridades involucradas en el caso: el Cabildo Mayor, el Consejo de Justicia y la Asamblea General. Empero, la sentencia no advierte nada sobre la eventual distinc3n entre tales 3rganos y sus distintas competencias. Sin dar

cuenta del derecho propio de la comunidad, es muy difícil establecer si el proceso adelantado y la pena impuesta se ajustan a dicho derecho o si resultan de un ejercicio arbitrario de tales autoridades.

Es por esta inadvertencia que estimo que la sentencia incurre en varias imprecisiones, como paso a señalar:

La primera imprecisión es la de dar por sentado, en algunos de sus apartes, que los actores fueron juzgados y condenados por el Consejo de Justicia y la Asamblea General (ver párrafo 1), cuando, en realidad, esta decisión fue adoptada únicamente por la Asamblea General, en la que participaron aproximadamente 1500 miembros de la comunidad. De acuerdo con las declaraciones rendidas durante el trámite de revisión, el Consejo de Justicia es el órgano encargado de adelantar la etapa de investigación de las conductas constitutivas de delitos, más no de juzgar tales conductas. Esta es una competencia exclusiva de la Asamblea General. Si el caso se examina a partir de la decisión, surge un problema serio en materia orgánica, pues la asamblea, que es la que impone la sanción, es al mismo tiempo la competente para crear o modificar el reglamento interno de justicia. Al converger en el mismo órgano la competencia para dar la norma y para aplicarla, puede presentarse, como al parecer ocurrió en el presente caso, la situación de que la asamblea considerara legítimo imponer, por la especial gravedad del crimen, una sanción que antes no había previsto para el homicidio, como es la pena de prisión.

La segunda imprecisión consiste en afirmar que los actores fueron condenados por el delito de feminicidio con base en el contenido de la Resolución 02 del 1 de marzo de 2018, suscrita por la autoridad mayor del resguardo y dos consejeros de justicia (ver párrafo 53.1). A mi modo de ver, el juzgamiento adelantado por el Consejo de Justicia y la condena impuesta por la Asamblea General no fueron por el delito de feminicidio, sino por el delito de homicidio, tal y como consta en el acta del 15 de febrero de 2018. El hecho de que en la citada resolución se haga referencia al feminicidio, de ningún modo significa que los

actores hubiesen sido condenados por ese delito, pues dicho documento no es el que refleja la voluntad de la comunidad reunida en asamblea. Tal solo surtió los efectos de una comunicación dirigida a la autoridad penitenciaria para oficializar el traslado de los condenados al respectivo establecimiento carcelario.

La tercera imprecisión es la de que, sobre la base de irregularidades puntuales en el proceso, se decida anular toda la actuación. Así, por ejemplo, si la irregularidad consiste en imponer una pena no prevista en el reglamento interno de justicia, lo que debió anularse es lo que concierne a la pena, pero no todo lo actuado. Por ello, era necesario establecer de manera clara y precisa cuáles son las vulneraciones al debido proceso, en qué momento de la actuación ocurrieron, cuál fue la autoridad responsable de ellas y qué trascendencia tienen en la actuación subsiguiente. Solo a partir de dicha claridad y precisión era posible considerar los correctivos a los que hubiese lugar, sin perder de vista, eso sí, que a una comunidad indígena no se le puede exigir el mismo rigor procesal que se exige cuando se trata de aplicar el derecho ordinario, pues su derecho propio no es el ordinario y su forma de aplicarlo corresponde a las particularidades de su cultura.

La cuarta imprecisión tiene que ver con la prueba y su valoración. Los hechos ocurrieron de manera tal que la comunidad tuvo noticia directa de ellos, incluso podríamos hablarse de una situación de flagrancia, pues la riña se dio dentro del resguardo en un lugar habitado por miembros de distintas familias e involucró a varias personas. Más allá de esta circunstancia, hay en el proceso varios testimonios, que dentro de la cosmovisión del pueblo indígena Embera Chamá, tienen un valor especial. Está también la confesión de los actores, que al parecer se produjo en el cepo, lo que, bien amerita valorarse con cuidado, dada la tensión que el uso del cepo genera entre los usos tradicionales indígenas y las garantías constitucionales a no ser sometido a tortura y a tratos crueles, inhumanos o degradantes. Con todo, si se considera inaceptable el cepo, debió tenerse presente que la confesión no fue la única prueba tomada en cuenta para la condena, por lo que, incluso si se retirara del proceso, probablemente la decisión habría podido sostenerse con base en los demás medios de prueba.

El último reparo a la decisión de la cual me aparto está relacionado con el hecho de que la Sala hubiese omitido valorar que, el 12 de noviembre de 2018, Pablo Emilio Dovigama Nayaza fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Anserma (Caldas) a la pena privativa de la libertad de 8 años y 9 meses de prisión por los delitos de homicidio y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, tras haber llegado a un preacuerdo con la Fiscalía General de la Nación. Por lo tanto, se trata de una persona que está privada de su libertad por dos sanciones distintas: la impuesta por la justicia especial indígena el 15 de febrero de 2018 y la que acaba de resolverse.

Esta información se obtuvo en cumplimiento de lo ordenado por la Sala de Revisión en el auto de pruebas del 3 de marzo de 2020 (ver párrafos 18 y 19). Sin embargo, debo resaltar que, a pesar de su relevancia para la solución del caso concreto, en los antecedentes de la providencia no se recoge tal información. Tan solo en un par de párrafos de la parte considerativa se hace mención a que Pablo Emilio Dovigama Nayaza “tiene condenas e investigaciones pendientes” (ver párrafo 50.3.2.) y que “registra antecedentes penales” (ver párrafo 58), sin que se le dé el valor ni la importancia suficiente.

En ese orden de ideas, aunque fuese procedente el amparo del derecho al debido proceso de Pablo Emilio Dovigama Nayaza, considero no podría de ello seguirse su retorno al resguardo. La Sala ha debido ser precisa y categórica en lo que a este hecho se refiere, y disponer que el actor permaneciera en prisión cumpliendo la condena que le fue impuesta por la justicia ordinaria, de tal suerte que su eventual salida del establecimiento carcelario contara con la autorización del juez de ejecución de penas.

Con la orden contenida en el ordinal cuarto de la Sentencia T-510 de 2020 no solo queda abierta la posibilidad de que un crimen tan deleznable quede en la impunidad, tras la habilitación de que “esi lo consideran necesario” las autoridades indígenas adelanten

un nuevo proceso de investigaci3n y juzgamiento en contra de los actores, sino que, adem3s, a Pablo Emilio Davigama Nayaza se le otorga el mismo trato que a Rigoberto Nayaza Davigama, como si sobre el primero no pesara la decisi3n de un juez ordinario de mantenerlo en prisi3n por otros delitos que revisten igual o mayor gravedad.

En estos t3rminos, dejo consignado mi salvamento de voto.

Fecha ut supra.

JORGE ENRIQUE IB3ÑEZ NAJAR

Magistrado

1 Cno. de tutela, fl. 235.

2 Seg3n el escrito de tutela, los hechos sucedieron el 2 de febrero de 2018. No obstante, con base en los informes de Polic3a y las pruebas recaudadas durante el proceso, se advierte que los hechos sucedieron el 3 de febrero de 2018.

3 Cno. de tutela, fl. 3.

4 Cno. de tutela, fl. 4.

5 Cno. de tutela, fl. 4.

6 Cno. de tutela, fl. 5.

7 Cno. de tutela, fl. 5

8 Cno. de tutela, fl. 6.

9 Cno. de tutela, fl. 5.

10 Cno. de tutela, fl. 6.

11 Cno. de tutela, fl. 6.

12 Cno. de tutela, fl. 6.

13 Cno. de tutela, fl. 6.

14 Cno. de tutela, fl. 7.

15 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 330.

16 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 330.

17 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 330.

18 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 331.

19 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 331.

20 Cno. de tutela, fl. 5.

21 Cno. de tutela, fl. 5.

22 Cno. de tutela, fl. 5.

23 Cno. de tutela, fl. 5.

24 Cno. de tutela, fl. 5.

25 Cno. de tutela, fl. 5.

26 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 331.

27 Libro de poblaci3n Polic3a Municipal de Mistrat3, fl. 331.

28 Libro de población Policia Municipal de Mistratã³, fl. 331.

29 Libro de población Policia Municipal de Mistratã³, fl. 331.

30 Libro de población Policia Municipal de Mistratã³, fl. 332.

31 De conformidad con el Informe Ejecutivo -FPJ 3- de la Policia Judicial de Belã©n de Umbrã-a, las actuaciones urgentes que se adelantaron fueron las siguientes: fijaciã³n fotogrãfica al cadãver, Inspecciã³n Tã©cnica a Cadãver, entrevistas preliminares en formato FPJ-14-manuales, solicitud de antecedentes o anotaciones judiciales de los capturados, solicitud de â€œconsulta web service de los capturados al laboratorioâ€², registro de cadactilar de los dos capturados, verificaciã³n de arraigos y estudio socioeconã³mico (Anexos respuesta SIJIN, fls. 25 a 42).

32 Anexos respuesta SIJIN, fls. 15 a 21.

33 Libro de población, Policia Municipal de Mistratã³, fl. 333.

34 Rigoberto Nayaza sostiene que, tras su llegada al resguardo, la Guardia Indãgena los capturã³ y â€œ[los] llevaron ante el Cabildo [que] no [les] hizo ninguna investigaciã³n y sin mãis nada [los] metieron al cepo por 15 dãas sin comidaâ€². Declaraciã³n juramentada de Rigoberto Nayaza ante la Personerãa Municipal de la Dorada, fl. 2.

35 Pablo Emilio Davigama seã±alã³ que, â€œcuando [los] soltaron en Pereira, la Policia [los] llevã³ hasta la partida de Belã©n (ã©) y de ahã para allã; [les] tocã³ caminar hasta Mistratã³ (ã©) [y] se fueron caminando hasta Purembarã;â€². Al llegar al resguardo en Purembarã;, â€œ[les] iniciaron un juicio por la muerte de Diocelinaâ€² dentro del cual â€œno [los] dejaron defenderâ€². Declaraciã³n juramentada de Pablo Emilio Davigama ante la Personerãa Municipal de la Dorada, fl. 2.

37 Declaraciã³n rendida ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratã³, Risaralda en sede de Revisiã³n [minuto 59:23].

38 Declaraciã³n rendida ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratã³, Risaralda en sede de Revisiã³n [minuto 32:23].

39 Declaraci3n rendida ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistrat3, Risaralda en sede de Revisi3n [minuto 47:35].

40 Cno. de tutela, fl. 157.

41 Cno. de tutela, fl. 157.

42 Cno. de tutela, fl. 157.

43 Cno. de tutela, fl. 157.

44 Cno. de tutela, fl. 157.

45 Cno. de tutela, fl. 88.

46 Cno. de tutela, fl. 88.

47 Cno. de tutela, fl. 88.

48 Cno. de tutela, fl. 88.

49 Cno. de tutela, fls. 194 y 197.

50 El Director General del INPEC autoriz3, por medio de la resoluci3n 901564 del 14 de junio de 2018, el traslado de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Davigama al EPAMS La Dorada.

51 Cno. de tutela, fls. 194 y 197.

52 Cno. de tutela, fl. 2.

53 Cno. de tutela, fl. 2.

54 Cno. de tutela, fl. 8.

55 Cno. de tutela, fl. 8.

56 Cno. de tutela, fl. 8.

57 Cno. de tutela, fl. 9

58 Cno. de tutela, fl. 9

59 Id.

60 Cno. de tutela, fl. 14.

61 Cno. de tutela, fl. 11.

62 Cno. de tutela, fl. 11.

63 Cno. de tutela, fl. 11.

64 Cno. de tutela, fl. 9.

65 Cno. de tutela, fl. 9.

66 Cno. de tutela, fl. 15.

67 Cno. de tutela, fls. 19 y 20.

68 Cno. de tutela, fl. 17.

69 Cno. de tutela, fl. 17.

70 Cno. de tutela, fl. 17.

71 El 19 de julio de 2019, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con funci3n de control de garant3as de Pereira se declar3 incompetente para conocer de la acci3n de tutela. El 25 de julio de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira dirimi3 el conflicto de competencia y resolvi3 que la acci3n de tutela deb3a ser tramitada por el Juzgado 3nico Promiscuo Municipal de Mistrat3 (Cno. de incidente de conflicto de competencia, fl. 4).

72 Por medio de auto de 31 de julio de 2019, el juez de primera instancia decret3 la pr3ctica de pruebas. A las autoridades del resguardo les orden3 allegar el 3 Reglamento del Consejo de Justicia3 o, en su defecto, 3 la norma aplicada en la judicializaci3n de los accionantes por el delito de feminicidio3; el 3 Reglamento Interno3 del resguardo,

“el documento que haga sus veces”; y “copia completa del procedimiento sancionatorio adelantado” contra los accionantes (Cno. de tutela, fl. 38). Al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de la Dorada (Caldas) le solicitó aportar “los documentos alusivos a la sentencia condenatoria proferida por las autoridades indígenas” del resguardo en contra de los accionantes (Cno. de tutela, fl. 38). Por medio de auto de 2 de agosto de 2018, requirió a los accionantes para que remitieran “copia legible de los derechos de petición remitidos al señor William Nayaza (¶) y al Cabildo Mayor Nelson Siagama”. Esto, habida cuenta de que “las copias aportadas en los anexos de la acción constitucional [son] ilegibles” y “Nelson Siagama (¶) manifestó que [no tenía] el original del derecho de petición (¶) que desconoce ese documento” (Cno. de tutela, fl. 53). Por medio de auto de 5 de agosto de 2019, ordenó a los accionantes “aportar” la prueba de envío “del derecho de petición, dado que no se aportó la prueba de haberse enviado y entregado los derechos de petición remitidos a los señores William Nayaza (¶) y Nelson Siagama” (Cno. de tutela, fl. 59). Por medio de auto de 12 de agosto de 2019, ordenó a las autoridades indígenas remitir “el acta de la asamblea de 15 de febrero de 2018, mencionada en la Resolución 02 de 1 de marzo de 2018” (Cno. de tutela, fl. 134). Además, por medio de la misma providencia, solicitó al INPEC aportar “el convenio suscrito con [el resguardo], mediante el cual fueron reclusos” los accionantes (Cno. de tutela, fl. 134).

73 Cno. de tutela, fl. 82.

74 Cno. de tutela, fl. 82.

75 Cno. de tutela, fl. 80.

76 Cno. de tutela, fl. 82.

77 Alberto Wazorna era el Gobernador Mayor al momento de los hechos que originaron la interposición de la acción de tutela. Además, fue quien suscribió la Resolución 02 de 2018, por medio de la cual se condenó a los accionantes (Cno. de tutela, fl. 91).

78 Cno. de tutela, fl. 154.

79 Cno. de tutela, fl. 151.

80 Cno. de tutela, fl. 154.

81 Cno. de tutela, fl. 160.

83 Cno. de tutela, fl. 160.

84 Cno. de tutela, fl. 160.

85 Cno. de tutela, fl. 160.

86 Cno. de tutela, fl. 188.

87 Cno. de tutela, fl. 212.

88 Cno. de tutela, fl. 212.

89 Cno. de tutela, fl. 212.

90 Cno. de tutela, fl. 209.

91 Cno. de tutela, fl. 209.

92 Cno. de tutela, fl. 213.

93 Cno. de tutela, fl. 245.

94 Cno. de tutela, fl. 245.

95 Id.

96 Cno. de tutela, fl. 245.

97 Cno. de tutela, fl. 245.

98 Cno. de tutela, fl. 246.

99 Cno. de tutela, fl. 247.

100 Cno. de tutela 2, fl. 10.

101 Cno. de tutela 2, fl. 10.

102 Cno. de revisi3n, fl. 2.

103 La Sala Primera de Revisi3n decret3 la pr3ctica de las siguientes pruebas: (i) al Juez 3nico Promiscuo Municipal de Mistrat3, Risaralda, lo comision3 para que recibiera las declaraciones de Alberto Wazorna, Antonio Nengarave, Arnoldo Siagama, Dora Nayaza, Luis Carlos Arce, Luis Eberto Restrepo, Miguel Enciso Restrepo, Nelson Siagama, integrantes del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan; (ii) a la Personer3a Municipal de la Dorada, Caldas, la requiri3 para recibir las declaraciones individuales de Pablo Emilio Dovigama y Rigoberto Nayaza; (iii) a las autoridades tradicionales del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan, las requiri3 para enviar copia legible de algunos documentos relacionados con el proceso adelantado en contra de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Dovigama; (iv) a la Fiscal3a General de la Naci3n, la requiri3 para rendir informe sobre la existencia de investigaciones en contra de los accionantes; (v) a la Polic3a Municipal de Mistrat3, la requiri3 para que enviara un informe sobre las actuaciones adelantadas en relaci3n con el homicidio de Diocelina Dovigama; (vi) a la Alcald3a Municipal de Mistrat3, la requiri3 para que enviara un informe respecto de la caracterizaci3n social, econ3mica y cultural de la comunidad del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan; (vii) al EPMSC de Pereira, lo requiri3 para que enviara un informe en relaci3n con las condiciones bajo las cuales Pablo Emilio Dovigama y Rigoberto Nayaza ingresaron a dicho establecimiento penitenciario; (viii) al EPAMSC La Dorada, le orden3 rendir informe sobre ciertos hechos del proceso; (ix) al Ministerio del Interior, le requiri3 rendir informe en relaci3n con la caracterizaci3n social, econ3mica y cultural de la comunidad del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan; (x) a la Organizaci3n Nacional Ind3gena de Colombia le solicit3 rendir informe sobre la caracterizaci3n de tipo social, econ3mica y cultural de la comunidad del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado del R3o San Juan; (xii) al Instituto Colombiano de Antropolog3a e Historia (ICANH) le solicit3 rendir informe sobre diversos aspectos sociales, econ3micos, culturales y de justicia propia de la comunidad del Resguardo Ind3gena Embera Cham3 Unificado sobre el R3o San Juan, entre otras.

104 Art3culo 246 de la Constituci3n Pol3tica.

105 Sentencia T-208 de 2015.

106 Sentencia T-009 de 2007.

107 Sentencia C-139 de 1996.

108 Sentencia T-030 de 2000.

109 Sentencia T-523 de 2012.

110 Sentencia T-523 de 2012.

111 Id.

112 Id.

113 Id.

114 Id.

115 Id.

116 Sentencia T-208 de 2015.

117 Sentencia T-523 de 2012.

118 Cfr. Sentencias T-208 de 2015, T-523 de 2012 y T-903 de 2009, entre otras.

119 Id.

120 Sentencias T-523 de 2012 y T-903 de 2009.

121 Id.

122 Sentencia T-048 de 2002.

123 Id.

124 Id.

125 Id.

126 Id.

128 Sentencias T-208 de 2019, T-300 de 2015, T-208 de 2015, T-942 de 2013, T-496 de 2013 y T-523 de 2012, entre otras.

129 Sentencia T-254 de 1994.

130 Sentencia T-728 de 2002.

131 Sentencia T-254 de 1994.

132 Sentencia T-208 de 2015. Ver también la sentencia T-523 de 2012.

133 Sentencias T-208 de 2019, T-365 de 2018, T-522 de 2016, T-396 de 2016, T-208 de 2015, T-196 de 2015, T-081 de 2015, T-642 de 2014, entre otras.

134 Id.

135 Id.

136 Id.

137 Id.

138 Id.

139 Sentencia T-496 de 2013.

140 Sentencia T-208 de 2015.

141 Sentencia T-728 de 2002.

142 Sentencia T-728 de 2002.

143 Id.

144 Sobre el alcance de cada uno de estos elementos, ver las sentencias T-208 de 2019,

T-365 de 2018, T-522 de 2016, T-396 de 2016, T-208 de 2015, T-196 de 2015, T-081 de 2015 y T-642 de 2014, entre otras.

145 Sentencia T-523 de 2012.

146 Id.

147 Id.

148 Id.

149 Sentencia T-098 de 2014.

150 Sentencia T-523 de 2012.

151 Id.

152 Id.

153 Id.

154 Sentencia T-549 de 2007.

155 Id.

156 Id.

157 Id.

158 Id. En el mismo sentido, la Sentencia T-208 de 2015 precis³ que no vulnera el debido proceso la imposici³n de la pena de â€œcepoâ€ y prisi³n por la comisi³n del mismo hecho. Al respecto, la Corte se³ala³: â€œno corresponde a los jueces ordinarios, y en particular a los jueces de tutela evaluar si la pena fue impuesta de acuerdo con las normas del derecho propio de la comunidad. La evaluaci³n de la imposici³n de una pena a la luz del derecho propio corresponde realizarla ³nica y exclusivamente a las autoridades de la jurisdicci³n especial ind³gena. Adem³is, la Corte ya ha dicho que imposici³n de sanciones como el fute a la par con otras sanciones constituye una facultad constitucionalmente protegida que ejercen las autoridades de la jurisdicci³n especial ind³gena. Por lo tanto, no

es vÃ¡lido afirmar que desde el punto de vista jurÃ¡dico estÃ¡ siendo castigado tres veces por una misma conducta delictivaâ€.

159 Sentencia T-208 de 2015.

160 Id.

161 Sentencia T-642 de 2014.

162 Sentencia T-208 de 2015.

163 Id.

164 Id.

165 Sentencia T-496 de 2013. Cfr. Sentencia T-254 de 1994.

166 Id. Cfr. Sentencia T-254 de 1994.

167 Sentencia T-097 de 2012. Cfr. Sentencia T-254 de 1994.

169 Sentencia T-449 de 2013.

170 Sentencia T-812 de 2011.

171 Sentencia T-552 de 2013.

172 Id.

173 Id.

174 Sentencia T-617 de 2010.

175 Sentencia T-552 de 2003.

176 Sentencia T-523 de 1997, reiterado en la sentencia T-1294 de 2005.

177 Sentencia T-349 de 1996.

178 Id.

179 Sentencia T-349 de 1996.

180 Id.

181 Sentencia T-496 de 2013.

182 Id.

183 Id.

184 Id.

185 Sentencia T-098 de 2014.

186 Sentencia T-098 de 2014.

187 Id.

188 Sentencia T-349 de 1996.

189 Id.

190 Sentencia T-552 de 2003.

191 Sentencia T-552 de 2003.

192 Sentencia T-208 de 2015.

193 Id.

194 Id.

195 Id.

196 Id.

197 Id.

198 Id.

199 Id.

200 Id.

201 Id.

202 Sentencia T-208 de 2015.

203 Sentencia T-208 de 2015.

204 Id.

205 Id.

206 Id.

207 Sentencia T-239 de 2002, reiterada en la sentencia T-1026 de 2008.

208 Sentencia T-208 de 2015.

209 Sentencia T-208 de 2015.

210 Id.

211 Id.

212 Sentencia T-208 de 2015.

213 Id.

214 Id.

215 Id.

217 Id.

218 Sentencia T-549 de 2007.

219 Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

220 Sentencia T-260 de 2019.

221 Sentencia T-260 de 2019.

222 Sentencia T-1244 de 2008 y T-229 de 2007.

223 Id.

224 Sentencia T-260 de 2019.

225 Sentencia T-027 de 2018.

226 Id.

227 Sentencia T-260 de 2019.

228 Id.

229 Id.

230 Auto 362 de 2017. Cfr. Sentencias T-707 de 2011, T-773 de 2010, T-306 de 2010, T-120 de 2000 y T-859 de 1999.

231 Auto 362 de 2017.

232 Auto 362 de 2017.

233 Sentencia T-068 de 2015.

234 Sentencia C-086 de 2016.

235 Id.

236 Sentencia T-260 de 2019.

237 Sentencia T-260 de 2019.

238 Id.

239 Id.

240 Id.

242 Id.

243 Sentencia T-644 de 2003.

244 Sentencias T-349 de 1996 y T-254 de 1994, entre otras.

245 Sentencias T-496 de 2013 y T-349 de 2008, entre otras.

246 Sentencia T-349 de 2008.

247 Según la sentencia T-496 de 2013, “la Corte ha establecido las diferentes situaciones en las que se puede satisfacer el requisito de legitimación en la causa por activa en materia de acciones de tutela: i) el ejercicio directo de la acción de tutela, ii) el ejercicio a través de representantes legales, como es el caso de menores de edad, incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; iii) el ejercicio por medio de apoderado judicial, en cuyo caso debe ostentar la condición de abogado titulado y anexar un poder para ejercer la defensa del caso; y iv) el ejercicio por medio de agente oficioso”.

248 Declaración rendida por Alberto Emilio Wazorna ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá (Risaralda) el 12 de marzo de 2020: “Pregunta: ¿Qué actividades de investigación desplegaron las autoridades indígenas durante ese periodo en relación con el proceso adelantado en contra de los accionantes? Respuesta: Nosotros tenemos unas formas de procesos. Uno, se investiga a la familia y a la gente que estuvo alrededor del hecho. Con ellos se vive el procedimiento. El procedimiento lo hacen los encargados de las Consejerías de Justicia. Segundo, la condenatoria, se hace a través de la asamblea (¡). Estos actos de justicia se dejan en manos de las Consejerías de Justicia, para esto tenemos un equipo nombrado, como si fuera un fiscal o un juez”. [Grabación, minuto 18:46]

249 Cfr. Informe del ICAHN, de 30 de marzo de 2020.

250 Declaración rendida por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá,

el 13 de marzo de 2020: “Pregunta: Apelar es ir a otra instancia, a un superior ¿La asamblea no tiene un superior? ¿Que alguien más arriba de la asamblea pueda tomar una decisión? Respuesta: No, eso no quedó autorizado. Eso no quedó autorizado. Eso totalmente está prohibido. Ahí termina.” [Grabación, minuto 55:58]. Declaración rendida por Luis Eberto Restrepo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá (Risaralda) el 13 de marzo de 2020: “Pregunta: ¿la persona sancionada puede cuestionar de alguna manera la pena que le imponen? Respuesta: No puede apelar porque está justificado y el estatuto está aprobado por la asamblea” [Grabación, minuto: 17:43]

251 Sentencia SU 108 de 2018.

252 Sentencia T-208 de 2018.

253 Declaración rendida por Rigoberto Nayaza ante la Personería de La Dorada, fl. 3.

254 Declaración de Rigoberto Nayaza, rendida ante el Personero Municipal de La Dorada. “El Cabildo no ha investigado nada (¡). Nunca nos dijeron cuáles eran las pruebas en nuestra contra”. Declaración de Pablo Emilio Davigama, rendida ante el Personero Municipal de la Dorada. “A nosotros la Policía y la justicia ordinaria no nos comunicaron nada sobre el proceso adelantado en nuestra contra por la muerte de Dioselina (sic) (¡). Ese proceso no lo investigaron, simplemente me culparon por algo que no cometí, no tomaron declaraciones ni nada, lo hicieron de rapidez (¡), no nos comunicaban nada de las pruebas, no las conocemos, por eso pusimos la tutela”.

255 Cno. de tutela, fl. 245.

256 Cno. de tutela, fl. 9

257 Cno. de tutela, fl. 82.

258 Id.

259 Cno. de tutela, fl. 82.

260 Cfr. supra, nota 251.

261 Cno. de tutela, fl. 245.

262 Cno. de tutela, fl. 9

263 Cno. de tutela, fl. 38.

264 Auto de pruebas de 3 de marzo de 2020. “Tercero.- Por medio de la Secretaría General, oficiar a las autoridades tradicionales del Resguardo Indígena Embera Chamú Unificado del Río San Juan, para que (¡) envíen a este despacho copia legible de los siguientes documentos: 1. El proceso adelantado en contra de Rigoberto Nayaza y Pablo Emilio Dovigama por el homicidio de la señora Diocelina Dovigama. 2. Las pruebas recaudadas en el proceso adelantado por el homicidio de la señora Diocelina Dovigama. En particular, las declaraciones, testimonios y confesiones recibidas. 3. Los documentos que conforman el archivo indígena respecto de (i) dicho proceso y (ii) cualquier otro proceso adelantado en contra de los accionantes por otras infracciones al reglamento indígena”.

265 Declaraciones rendidas por (i) Arnoldo Siagama y (ii) Luis Carlos Arce ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Mistratá. “Pregunta: ¿La hermana de la compañera muerta fue testigo presencial? Respuesta: La de la hermana muerta fue la tía, la otra fue la hermana. Pregunta: ¿Usted sabe cómo se llama ella, la hermana? ¿Ustedes la entrevistaron a ella? Respuesta: Sí, la entrevistamos, pero el archivo está en la oficina. (¡) Pregunta: ¿Esa declaración ustedes la tomaron por escrito? Respuesta: Sí, escrita y queda en la oficina. Pregunta: ¿Ellos escribían en computador, a máquina de escribir, manuscrito? ¿Ustedes nos pueden hacer llegar esa declaración? Respuesta: Sí, es a manuscrito (¡), nos taca sentarnos, ir a revisar la fecha de las actas que nos quedan en el archivo”. [Minuto 19:12] “Pregunta: ¿Usted estuvo presente en la declaración que dio la señora Teresa? Respuesta: Sí, ahí estuvimos presentes en la oficina. Pregunta: ¿Y allí ella declaró? Respuesta; Si allí fue que ella declaró. Pregunta: ¿En la oficina del resguardo tienen por escrito la declaración que ella hizo? Respuesta: Ajá”. [Minuto 35:34]. “Pregunta: ¿Y ellos estando presente ustedes dos confesaron? Respuesta: los dos confesaron que ellos fueron. Pregunta: dado que estaban en la oficina, ¿de esa declaración quedó algún registro o algún acta? Respuesta: Sí, allí están las actas. Carlos les estaba tomando las actas. Sí, ahí están. Pregunta: ¿Entonces me dice que quedó un acta allí donde ellos confesaron? Respuesta: [asiente]. [Minuto 45:44].

266 Cno. de tutela, fl. 245.

267 Id.

268 Acta de la Asamblea General del Resguardo, de 15 de febrero de 2018.

269 Id.

271 Declaración rendida por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [Minuto 32:23]. *¿Pregunta: ¿Pero cuándo confesaron? Respuesta: Cuando confesaron ellos estaban separados. Cuando ellos dijeron yo estaba en el cepo, entonces ellos dijeron que mataron a la compa±era. Una sola vez dijeron: ~matamos nosotros, para qué vamos a negar ya. Como ya estamos pagando la sanción, entonces fuimos nosotrosâ€™. Entonces ah los dejamos en el cepo hasta los otros días porque los alguaciles u otro gobernador los recogiera y que los llevara a rotarse en la veredaâ€¢. Id. [Minuto 42:46 a 43:53]. ¿Pregunta: ¿En qué momento se produjo la confesión de Rigoberto y Pablo Emilio? Respuesta: Pablo Emilio estaba en el cepo, s el compa±ero que estaba en el cepo, primero. %l decía que era el, que el era el que había matado a la compa±era. Pregunta: ¿En qué momento confesó Rigoberto? Respuesta: Carlos, vino a la vereda Mandarinó, y allí le tomó la declaración. Que el hecho habían sido ellos, que habían matado a la compa±era. Pregunta: ¿En ese momento el estaba en el cepo o no estaba en el cepo? Respuesta: Estaba en el cepo, Rigoberto. En la veredaâ€¢.*

272 Declaración rendida por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [Minuto 34:45 a 35:45]. *¿Pregunta: ¿Cuánto tiempo estuvieron ellos detenidos ah? Respuesta: 20 días. Pregunta: ¿Al cuánto tiempo ellos aceptaron los cargos? Respuesta: A las dos semanas. Pregunta: ¿Ellos estaban juntos o estaban separados? Respuesta: Estaban separados porque no se podían mantener juntos. Entonces dos semanas al ambos decir que no, que tenían que pagar los dos, nos tocó sentarlos juntos y Rigoberto dijo, cómo hicimos vamos a pagar los dos, porque ya las cosas están hechasâ€¢.*

273 Id.

274 Declaración rendida por Alberto Emilio Wazorna ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³, el 12 de marzo de 2020: *¿Pregunta: ¿Qué implicaciones tiene para ustedes*

que alguien reconozca la responsabilidad por una falta cometida? Respuesta: nosotros hemos considerado que el reglamento de la condenatoria no se hace bajo las circunstancias si aceptan o no aceptan. La ley de origen se hace es porque ya hay una ley hecha por un pueblo, y si las aceptaciones se dan bajo esto se somete a la condena. Lo único que aclaramos es que los culpables aceptaron, y eso da este reglamento para las condenas, por eso se hace el procedimiento. Id. [Minuto 30:05] Pregunta: Si ellos confiesan (por ejemplo, un homicidio) la comunidad haría un esfuerzo mayor por allegar otras pruebas? Es suficiente con que ellos confiesen? [minuto 31:22] Respuesta: es suficiente con que ellos confiesen. El tema es si lo aceptan, el tema es que deben demostrar el hecho, el hecho es la muerte. Si ellos lo aceptan está todo claro, consideramos que no hay por qué investigar. Pregunta: El hecho de aceptar es suficiente para ustedes? Respuesta: es suficiente, no sólo porque tienen que estar enredando la ley. Para enredar y enredar, y no hacer nada, no existe. No tiene por qué estar hablando de 10 años como lo hacen las leyes colombianas para decir que no existe. Y no dejan a las personas trabajar. Así son 2 reuniones y punto, ya se acabó el proceso y a la cárcel se fueron. Lo importante es el hecho ocurrido. En mi cultura me enseñan, si a uno le dicen que se robaron la gallina, y el que la robó aparece, para qué hablar de 10 u 8 meses de investigación, termina todo. Después de que la persona acepte y está el hecho, no debe por qué haber tiempo. Por eso, para nosotros el tiempo es de 1 o 2 días, no tienen por qué estar hablando de procesos. Id. [Minuto 32:26]. Declaración rendido por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá, el 13 de marzo de 2020. Pregunta: Qué implicaciones tiene para ustedes que alguien reconozca la responsabilidad de una falta cometida? O sea que alguien confiese, eso qué significa. Respuesta: pues para nosotros que ellos confiesen, que ellos nos digan a nosotros, es para que ellos digan que ellos fueron. Nosotros decimos: usted tiene que decir las cosas como es, si usted fue el que cometió el hecho, cántenos. Eso en todas las oficinas lo hacemos así. Puede haber en el juzgado, usted tiene que confesar si fue usted. Nosotros hicimos así con ellos, ellos también dijeron que sí porque tenemos que decir las cosas porque nosotros fuimos, nosotros no negamos, ellos dijeron eso. Pregunta: Y cuándo una persona confiesa ustedes investigan más o ya paran la investigación? Respuesta: Ahí paramos la investigación porque ya no hay con quién más investigar. Si hay un familiar de ellos, también lo llamamos. Nosotros investigamos con ellos, entonces así cogemos la investigación a ver si fue él o no fue. Cuando es verdad, la familia también dice: hay que castigar a este

señaló, es porque es la verdad. Que ellos hicieron el hecho. Ellos dicen así. Id. [minuto 46:42].

275 Declaración rendida por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [Minuto 1:04:08 a 1:14:22].

276 Id.

277 Sentencia T-254 de 1994.

278 Sentencia T-260 de 2019.

279 Id.

280 Declaración rendida por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [Minuto 19:12]. ¿Pregunta: ¿La hermana de la compañera muerta fue testigo presencial? Respuesta: La de la hermana muerta fue la tía, la otra fue la hermana. Pregunta: ¿Usted sabe cómo se llama ella, la hermana? ¿Ustedes la entrevistaron a ella? Respuesta: Sí, la entrevistamos, pero el archivo está en la oficina. (¿?) Pregunta: ¿Esa declaración ustedes la tomaron por escrito? Respuesta: Sí, escrita y queda en la oficina. Pregunta: ¿Ellos escribían en computador, a máquina de escribir, manuscrito? ¿Ustedes nos pueden hacer llegar esa declaración? Respuesta: Sí, es a manuscrito (¿?), nos tocará sentarnos, ir a revisar la fecha de las actas que nos quedan en el archivo.

281 Cno. de tutela, fls. 194 y 197.

282 Cno. de tutela, fl. 22.

283 Cno. de tutela, fl. 22. Reglamento interno de justicia del Resguardo. Artículo 47: Jaibana que mate a otro con ventaja se sancionará con ocho años por primera vez y por segunda vez a doce (12) años de trabajo rotado.

284 Cno. de tutela, fl. 22.

285 Declaración rendida por Arnoldo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [minuto 1:14:22 a 1:16:12]. ¿Pregunta: ¿Cuál es la aplicación que ha tenido la pena de prisión en la comunidad? ¿Cuándo empezaron a aplicar la pena de prisión en cárceles

del gobierno? Respuesta: Esto hace como apenas hace como 2 años, va para 3 años ya. Pregunta: ¿Recuerda a quién se la aplicaron primero? Respuesta: La aplicamos a ellos dos. Pregunta: ¿Antes no recuerda casos? Respuesta: No. Antes no era así, sino que era castigos leves de rotación en el resguardo. Pero a estos dos compañeros, a Rigoberto y Pablo Emilio, apenas empezamos por aplicarla, ya vamos para 3 años a enviar a la cárcel. Pregunta: ¿Recuerda en qué otros casos se ha aplicado? Respuesta: Recuerdo a estos dos, no más. Pregunta: ¿Usted no ha participado en ninguna otra asamblea para que quede condenada otra persona a pena de prisión? Respuesta: Sí ya la prisión, ya la gente conoce. Ya la gente sabe que la pueden mandar a la prisión, ya con estos dos compañeros dieron el ejemplo. Si mata a una persona, derechamente, sin ningún abogado, se va a ir a pagar en la cárcel. Entonces la gente tiene miedo. Declaración rendida por Nelson Chicamán ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá [minuto 41:23].

¿Pregunta: ¿Desde cuándo la han venido aplicando? Respuesta: La prisión como tal más o menos van casi dos años y medio que se aplica. Antes de Pablo Emilio y Rigoberto no se había aplicado con el INPEC, todo era en las regiones. Declaración rendida por Luis Eberto Restrepo Siagama ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá [minuto 22:36].

¿Pregunta: Explique ¿cuál es la aplicación que ha tenido la pena de prisión en la comunidad? ¿desde cuándo empezaron a aplicar la pena de prisión? Respuesta: Creo que en la mano de este año, me parece que el 2019. Pregunta: ¿usted recuerda cuando fue el caso de Rigoberto y Pablo Emilio? Respuesta: Eso no fue en la mano de nosotros sino en la mano del año 2018. No recuerdo otro caso anterior y actualmente tampoco.

286 Declaración rendida por Miguel Enciso Restrepo ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá [minuto 29:07].

¿Pregunta: ¿Para usted qué es pena de prisión? Es la que se paga en una cárcel, lo que llaman patio prestado. ¿Esa pena de prisión desde cuándo comenzaron aplicarla en la comunidad? Respuesta: En la comunidad, desde que se creó la jurisdicción especial indígena. De ahí para acá, la comunidad hemos venido juzgando la prisión en el resguardo. Después cuando los indígenas nos dejaron castigarlos, desde 2016, comenzó la prisión. Pregunta: ¿Recuerda los casos que ustedes han solicitado patio prestado? ¿El patio prestado por qué delitos lo han solicitado? Respuesta: Los delitos que hemos tenido en patio prestado es el homicidio.

287 Sentencia T-349 de 1996.

288 Sentencia T-349 de 1996.

289 Al respecto, los integrantes del Resguardo aseguraron que dicha sanción fue impuesta con el fin de evitar el riesgo de retaliaciones en contra de los accionantes y porque el Resguardo no cuenta con infraestructura carcelaria. Declaración rendida por Miguel Enciso Restrepo ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [minuto 16:55].

“Pregunta: ¿Cómo se llevó a cabo la última reforma del reglamento de justicia propia? Especifique cuáles fueron las actividades que se llevaron a cabo con los cabildos, líderes y asambleas. Respuesta: En el momento, en ese reglamento que debatimos las autoridades, se convocó un mandato del consejo regional. Donde tienen que ver los de los 11 cabildos que existen en el departamento, revisando las temáticas. Los emberas no tenemos casa cárcel, al que cometa falta no lo vamos a tener en el resguardo. Hay dos casos que no se interviene: uno, como ya los enemigos saben dónde está pagando la sanción, no lo van a dejar trabajar tranquilo. En otro lugar tampoco asume sanción. En asamblea se dijo que es mejor hacer al que ya hizo, al visto de la autoridad, que se pague directamente en la cárcel (en la cuarenta). Eso se dijo en los mandatos el congreso regional”. Declaración rendida por Miguel Enciso Restrepo ante el Juez Promiscuo Municipal de Mistratá³ [minuto 34:10].

“Pregunta: ¿Por qué razón piden patio prestado? Respuesta: El patio prestado lo tenemos porque nosotros en el resguardo no tenemos casa cárcel. Usted sabe que el resguardo es grande pero no tenemos como en otros departamentos o municipios. Solamente ellos trabajan, pero la gente del resguardo sabe dónde está trabajando la persona. Los familiares no dejan trabajar, vienen haciendo un ataque o en búsqueda de matar. El gobernador que lo tiene, recibe amenazas. Las guardias que lo protegen, también reciben amenazas. Entonces para evitar todos esos daños en el resguardo, pensamos en hacer convenio con el INPEC para mayor seguridad”. [Grabación, minuto 34:10].

290 Sentencia T-387 de 2020.

291 Id.

292 Informe del ICANH, del 30 de marzo de 2020.

294 Id.

295 Sentencia T-997 de 2005.

296 Sentencia T-329 de 2011.

297 Cno. de tutela, fl. 53.

298 Cno. de tutela, fls. 120 y 121.

299 Rigoberto Nayaza indic , ante la Personer a Municipal de La Dorada, que recibí la comunicación enviada por Miguel Enciso en respuesta a su derecho de petición (Declaración Rigoberto Nayaza, fl. 3). Pablo Emilio Davigama también manifestó haber recibido la comunicación (Declaración Pablo Emilio Davigama, fl. 3).