

Sentencia T-642/14

#### JURISDICCION INDIGENA-Competencia

El Constituyente de 1991, estableció la existencia de una jurisdicción especial indígena, que habilita a estos pueblos a ejercer funciones judiciales. La posibilidad de que los pueblos indígenas cuenten con una jurisdicción especial, también ha sido reconocida por el artículo 9º del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, y señala que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

#### FUERO INDIGENA-Elementos

La Corte Constitucional ha identificado tradicionalmente que, para que un individuo pueda ser sujeto titular de esta jurisdicción especial, se requiere del cumplimiento de dos elementos esenciales: i. Un elemento personal: Que implica que el ciudadano por el hecho de ser miembro de una comunidad indígena determinada ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres; y ii. Un elemento geográfico: Que significa que cada comunidad debe investigar y sancionar las conductas reprochables que suceden en su territorio geográfico, de acuerdo a sus propias normas.

#### JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Alcance

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además materializar el pluralismo jurídico en el marco de la Constitución y la Ley para ratificar: i) la existencia de un poder jurisdiccional autónomo de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica; ii) normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento propios y; iii) autoridades propias de administración y juzgamiento. Con todo ello se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos como manera de afirmación de su identidad.

## JURISDICCION INDIGENA-Dimensiones

El derecho de los pueblos indígenas a gozar de una jurisdicción especial, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, tiene dos dimensiones: en primer lugar es un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece. Y en segundo lugar, constituye un fuero especial para ciertos individuos, principalmente por cuenta de su pertenencia a una comunidad.

## FUERO ESPECIAL INDIGENA-Criterios de procedencia/JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Conflicto de competencias

## JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Derechos a la verdad, justicia y la reparación

## DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Prerrogativas

El derecho a la identidad cultural, según jurisprudencia constitucional, otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole y; (xv) ser recluido con un enfoque diferencial.

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

Como regla general, independientemente de la jurisdicción aplicable, 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 una forma de sanción a un comportamiento reprochable. Además, dicha represión estatal desconoce abiertamente la libre determinación de los pueblos indígenas, el pluralismo jurisdiccional del Estado colombiano y con ello, el Convenio 169 de la OIT que admite la existencia de instituciones especiales de las comunidades indígenas, así como la autonomía e independencia de dicha jurisdicción.

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA, JUEZ NATURAL, DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL Y DEBIDO PROCESO-Orden de trasladar al accionante a disposición de las autoridades indígenas

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA, JUEZ NATURAL, DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL Y DEBIDO PROCESO-Orden a autoridades institucionales de Resguardo determinar en el momento de presentación del actor a la comunidad, la investigación, el juzgamiento y la condena, por el homicidio perpetrado

Referencia: expediente T-4.235.252

Acción de tutela instaurada por Leonardo Gegary Tunugama contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima.

Magistrada (e) Sustanciadora:

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil catorce (2014).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Martha Victoria Sáchica Méndez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias Constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos

33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido el 28 de octubre de 2013, en primera instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué -Sala Penal-, que resolvió la acción de tutela presentada por Leonardo Gegary Tunugama contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima.

### I. ANTECEDENTES

El señor Leonardo Gegary Tunugama, formuló acción de tutela el 15 de octubre de 2013, contra Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, por violación de los derechos fundamentales al debido proceso, al habeas corpus, a la jurisdicción especial indígena, a la diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al principio de non bis in ídem, por los hechos que se exponen a continuación

#### Hechos

1.1. En una demanda escrita a mano, el accionante afirmó pertenecer al Cabildo Indígena Frey de Mistrató, ubicado en el Departamento de Risaralda.

1.2. Señaló que se encuentra recluso en el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué -Tolima, "Picalaña" "Coiba", sin manifestar por qué motivo, ni la pena que le fue impuesta.

1.3. Indicó que para el año 2000 cumplió la totalidad del castigo impuesto en el año 1985 por la autoridad indígena, consistente en 10 años en el cepo y 5 años de trabajo comunitario.

1.4. Finalmente, arguyó que el 23 de septiembre de 2013 elevó petición de libertad ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, en razón a la presunta prescripción penal que le favorece, sin embargo, dicho operador judicial negó la solicitud.

#### Solicitud de tutela

El ciudadano Leonardo Gegary Tunugama, interpuso acción de tutela en contra el Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Ibagué, Tolima, con el fin de que se le otorgue su libertad inmediata, ya sea por el cumplimiento de la pena o por aplicación de la jurisdicción especial indígena, debido a que la reiterada negación de su libertad, presuntamente lesiona los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al habeas corpus, a la jurisdicción especial indígena, a la diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al principio de non bis in ídem.

Respuesta de la entidad judicial accionada

Una vez surtido el trámite procesal, en octubre 17 de 2013, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué -Sala Penal-, asumió conocimiento de la acción de tutela y ordenó notificar al Juzgado Primero de Ejecución de Penas de Ibagué, con el fin de que ejerciera el derecho de defensa y contradicción.

En respuesta a la acción de tutela, en oficio número 1563 de 22 de octubre de 2013, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, señaló que los aspectos que motivaron la solicitud de libertad han sido diligentemente resueltos, mediante los siguientes proveídos:

- “Auto N° 1253 del 5 de agosto de 2011 (fl. 62 al 67 ultimo cuaderno), se resolvió prescripción de la acción penal, lo relacionado con que ya pago la condena en el cabildo indígena, redosificación por favorabilidad y libertad.
- Auto N° 937 del 4 de junio de 2012 (fl. 147 al 149 ultimo cuaderno), se resolvió redosificación de la pena.
- Auto N° 1026 del 9 de julio de 2013 (fl. 197 y 198 ultimo cuaderno), se resolvió libertad por pena cumplida.
- Auto N° 1664 de 1 de octubre de 2013 (fl.206 al 211 ultimo cuaderno), se resolvió prescripción, redosificación y libertad por pena cumplida.”

Finalmente advirtió que a la fecha, en ese despacho judicial no existe petición pendiente por resolver relacionada con el accionante.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de primera y única instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué -Sala Penal-, en sentencia del 28 de octubre de 2013, consideró que no se agotaron todos los mecanismos de defensa judicial que tenía al alcance el actor dentro del proceso de ejecución de la pena surtido en su contra, lo cual torna inviable el amparo constitucional invocado, en otras palabras, como quiera que el accionante no hizo uso de los medios de defensa dispuestos en el ordenamiento jurídico penal contra providencias desfavorables que han decidido sobre sus peticiones, no se encuentra facultado para cuestionarlas ahora vía recurso de amparo.

Frente al requerimiento de libertad presentado por el tutelante en la acción de tutela, el juez consideró que la demanda no agotó los medios ordinarios de defensa judicial: "... los cuestionamientos que ahora presenta a todas luces devienen improcedentes, máxime, si contra la decisión en mención, no agotó los medios de defensa judicial que el ordenamiento jurídico le brindaba para insistir en sus planteamientos y provocar la revisión del tópico por parte del funcionario de segunda instancia...", es decir, "... al no ejercitarlos, voluntariamente inhabilitó la procedencia de la solicitud de amparo..."[1].

Por último, advirtió que se puede acudir nuevamente ante el juez natural para que este proceda a pronunciarse frente a sus solicitudes, pues las decisiones de ejecución de penas no hacen tránsito a cosa juzgada.

En consideración a lo anterior, dicha Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, decidió negar por improcedente la acción de tutela.

Pruebas relevantes que obran en el expediente

- Petición de libertad presentada ante el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, el 23 de septiembre de 2013. (fs. 4-5).

## II. ACTUACIONES Y PRUEBAS SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.- Ante la falta de pruebas y documentación en el expediente, el entonces Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos, mediante auto de pruebas de fecha 9 de abril de 2014,

solicitó a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, prueba que acreditara la pertenencia del accionante a alguna comunidad indígena. Además, requirió al operador judicial accionado, documentación procesal sobre el cumplimiento y la ejecución de la pena impuesta, pues dentro del expediente no obraban elementos materiales probatorios que permitieran emitir un pronunciamiento de fondo.

En esa medida, evidenciada la necesidad de la prueba, el mencionado proveído, resolvió lo siguiente en los numerales primero y segundo:

“Primero. DECRETAR como prueba que en el término de tres (3) días, contados a partir de la recepción del presente auto, la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, informe a este despacho:

1. Si el ciudadano LEONARDO GEGARY TUNUGAMA, identificado con cédula de ciudadanía número 4.459.265, pertenece al Cabildo Indígena Frey de Mistrató en Risaralda, u otra comunidad indígena registrada en esa Dirección.
2. Indique el lugar preciso de ubicación de la comunidad indígena a la que pertenece el ciudadano LEONARDO GEGARY TUNUGAMA, con fines procesales.

Segundo. DECRETAR como prueba que en el término de tres (3) días, contados a partir de la recepción del presente auto, el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué-Tolima, informe a este despacho:

1. El estado actual del proceso seguido en contra del ciudadano LEONARDO GEGARY TUNUGAMA, identificado con cédula de ciudadanía número 4.459.265.
2. Lo decidido respecto a la solicitud de libertad realizada por el ciudadano LEONARDO GEGARY TUNUGAMA.
3. Si se encuentra demostrada la calidad de miembro indígena del accionante LEONARDO GEGARY TUNUGAMA. En caso afirmativo, responda: i) si se ha comunicado de la existencia del proceso a la autoridad indígena correspondiente; ii) si se ha permitido su intervención procesal y; iii) si se ha valorado un enfoque diferencial de reclusión en razón de su etnia.

4. Las copias del expediente que sustenten el informe requerido”[2].

Como respuesta a lo ordenado en el auto, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, informó al Despacho que: “una vez verificadas nuestras bases de datos el ciudadano LEONARDO GEGARY TUNUGAMA (...) se encuentra incorporado en el censo de Familias en Acción correspondiente al año 2008 del Resguardo Unificado del Río San Juan de la vereda Caimito del Municipio de Mistrató, con último registro correspondiente al Censo de 2010 del mismo Resguardo”[3]. Como sustento de lo anterior, anexó los censos de familias en acción del año 2008 y del año 2010, relativos al Resguardo Unificado del Río San Juan en los cuales aparece registrado el nombre del accionante.

Por su parte, el Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué-Tolima accionado, contestó al numeral segundo del auto[4] indicando que actualmente controla la ejecución de la pena del accionante como consecuencia de los hechos ocurridos el 19 de abril de 1991, por los cuales resultó condenado a la pena de 20 años de prisión, como coautor del delito de homicidio, en virtud de sentencia proferida el 23 de marzo de 1995, por el Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría.

Señaló que las peticiones de libertad elevadas ante el Juzgado han sido negadas mediante autos número: 1253 de 5 de agosto de 2011; 1026 de 9 de julio de 2013 y 1664 de 1 de octubre de 2013. Manifiesta que en las diligencias “no se encuentra demostrada la calidad de miembro indígena del accionante ni se ha efectuado para que su proceso solicitud para que su proceso sea remitido a alguna autoridad indígena”[5].

Finalmente, anexó la condena penal de 23 de marzo de 1995, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, Risaralda, mediante la cual el ciudadano Leonardo Gegary Tunugama fue condenado a la pena principal de 20 años de prisión, “como autor responsable del delito de homicidio en concurso, tipificado en el artículo 323 del Código Penal, recaído en las personas de Samuel y Ernestina Nevaregama Guarabe, hecho por el cual fue acusado por la Fiscalía”[6]. Asimismo, adjuntó diferentes autos que resolvieron negativamente peticiones de libertad del accionante, a saber: auto de 5 de agosto de 2011; de 9 de julio de 2013 y de 01 de octubre de 2013.

2.- Posteriormente, el entonces Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos procedió a proferir un nuevo auto de pruebas, con el fin de vincular a la comunidad indígena al proceso

y practicar otras pruebas que permitieran corroborar la condena que presuntamente cumplió el accionante a órdenes de la comunidad indígena. Así, mediante auto de 5 de mayo de 2014, se determinó la siguiente prueba:

“Primero. DECRETAR como prueba que en el término de tres (3) días, contados a partir de la recepción del presente auto, el Resguardo Unificado del Río San Juan, en Mistrató, Risaralda, informe a este despacho:

1. Si el ciudadano LEONARDO GEGARY TUNUGAMA, identificado con cédula de ciudadanía número 4.459.265, efectivamente pertenece al Resguardo Unificado del Río San Juan de la vereda Caimito, del Municipio de Mistrató.
2. Si dicho ciudadano fue condenado por la comunidad indígena. En caso afirmativo indique, los hechos, la fecha de la condena, su motivación, la sanción impuesta y el cumplimiento de la misma.
3. Si la autoridad indígena ha recibido alguna comunicación de la existencia de un proceso penal ordinario en contra de LEONARDO GEGARY TUNUGAMA y si se ha permitido su intervención procesal.
4. Para todo lo anterior, el Resguardo Indígena deberá adjuntar copias que sustenten sus afirmaciones”.

Según constancia de la Secretaría General de la Corte Constitucional de 28 de mayo de 2014, “el auto de fecha cinco (5) de mayo presente año -sic- fue comunicado mediante oficios de pruebas OPTB-431/14 el siete (7) de mayo y durante dicho término no se recibió comunicación alguna” -folio 57-.

3.- Mediante auto de fecha 30 de mayo de 2014, el entonces Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos, procedió a integrar debidamente el contradictorio y vinculó de oficio al Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, Risaralda, toda vez que lo que decida esta Sala de Revisión, eventualmente puede afectar la sentencia condenatoria de 23 de marzo de 1995, proferida en el proceso penal ordinario seguido en contra el accionante.

En ese sentido, el auto resolvió:

“Primero. VINCULAR al trámite de la presente acción de tutela al Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, Risaralda, para que se pronuncie dentro de los tres (3) días siguientes, contados a partir de la recepción del presente auto, sobre los hechos que dieron lugar a la presentación del amparo por parte del señor Leonardo Gegary Tunugama. Podrá presentar o solicitar los elementos de convicción que estime conducentes y ejercer derecho de contradicción, a cuyo efecto se le enviará copia de lo hasta ahora actuado”.

Al respecto, el Juzgado Único Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, mediante oficio No. 576, de 23 de julio de 2014, señaló todas las actuaciones procesales ejecutadas por las autoridades públicas involucradas en el juicio penal y confirmó que efectivamente el accionante fue condenado el 23 de marzo de 1995, a la pena de 20 años de prisión, como autor responsable del delito de homicidio en concurso, en las personas de Samuel y Ernestina Navaregama Guaurabe.

Además indicó que “el condenado Leonardo Gegari Tunugama, se le garantizó el derecho de defensa dentro del trámite que se realizó dentro de este proceso, por los diferentes despachos judiciales que intervinieron en las diferentes etapas de instrucción de la investigación, como fueron la Inspección Departamental de Policía Judicial Aribató, Mistrató, Juzgado Promiscuo Municipal de Mistrató, Risaralda, Juzgado Dieciséis de Instrucción Criminal de Belén de Umbría, Risaralda, Fiscalía 24 de la Unidad Seccional de Belén de Umbría, Juzgado Primero Promiscuo del Circuito hoy Juzgado Unico Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría” -folio 158-.

Agregó que la sentencia condenatoria proferida contra el ciudadano Leonardo Gegari Tunugama, fue legalmente notificada a las partes, conforme a las normas procesales penales vigentes para esa época y que dicha decisión no fue apelada, lo que llevó a que se declarara legalmente su ejecutoria y por ende, el cumplimiento de la pena impuesta, “... se garantizó su derecho de defensa y el debido proceso, pues tuvo las oportunidades de interponer los recursos ordinarios contra las decisiones que se profirieron dentro del trámite del mismo (...) “En conclusión, ni este juzgado, ni los demás despachos judiciales que participaron dentro de este proceso penal, le vulneraron derechos fundamentales al señor Leonardo Gegari Tunugama, como al debido proceso y al de defensa, pues se aplicaron las disposiciones legales que se encontraban vigentes para la época de los hechos investigados” -folio 159-.

4.- Por medio de un tercer auto de fecha 30 de mayo del presente año, toda vez que dentro del expediente no consta si la vereda de "Aribató", Departamento de Risaralda, forma parte del territorio perteneciente a la comunidad indígena del Resguardo Unificado del Río San Juan -Embera Chamí-, el entonces Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos, resolvió lo siguiente:

"Primero. DECRETAR como prueba que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la recepción del presente auto, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER, certifique a este despacho:

1. Si la vereda de Aribató, ubicada en el Departamento de Risaralda, pertenece o ha pertenecido al territorio indígena adjudicado al Resguardo Unificado del Río San Juan -Embera Chamí".

Acerca de este requerimiento, mediante oficio OPTB-516/2014, el INCODER dio traslado al Alcalde del Municipio de Mistrató, Risaralda, Diego León Medina, ya que "en este instituto no radica la competencia de expedir certificaciones sobre el sistema veredal, esta competencia reside en el Municipio de Mistrató a través del área de planificación" (fl. 105).

5. Ante la falta de contestación de los autos de pruebas antes anotados, mediante auto de 2 de julio de 2014, la Sala Octava de Revisión, requirió nuevamente al Resguardo Unificado del Río San Juan, al Alcalde Municipal de Mistrató, Risaralda y al Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, a fin de que cumplan dentro de las 24 horas siguientes a la notificación, las órdenes impartidas mediante autos de fecha 5 de mayo de 2014, 11 de junio de 2014 y 30 de mayo de 2014, respectivamente. Además suspendió los términos para fallo en el proceso de la referencia, hasta tanto las pruebas decretadas y requeridas nuevamente en el proveído sean debidamente recaudadas y evaluadas por el Magistrado Sustanciador (fls. 140-142).

6. Ante el retraso en la contestación de la solicitud, el Despacho Sustanciador se comunicó vía telefónica con el señor Alcalde, Diego León Medina, quien manifestó que dicha vereda sí forma parte del Resguardo Indígena y que procedería a informar oficialmente a la Corte tal situación. De manera contradictoria, el Secretario de Planeación del Municipio de Mistrató contestó posteriormente por escrito, mediante oficio número 20142144185,

señalando que “según el Esquema de Ordenamiento Territorial del Municipio la Vereda Aribató no pertenece ni ha pertenecido a territorio del Resguardo Indígena”(fl. 148).

Por lo anterior, el Despacho procedió a constatar por otros medios probatorios la pertenencia de la vereda a la comunidad indígena. A través de información reciente publicada en prensa local, se encontró que la Vereda de Aribató sí se encuentra ubicada dentro del territorio del resguardo: “explicó la Secretaria de Infraestructura, [de la Gobernación de Risaralda] Diana Patricia Villegas, quien agregó que son más de 90 familias beneficiarias las que residen en las veredas Aribató y Atarraya perteneciente a la zona indígena del municipio de Mistrató”[7].

Por otra parte, mediante prueba solicitada (OPTB-516/14) ante el INCODER, Risaralda, la Secretaría General de la Corporación, recibió el 1 de agosto de 2014, respuesta del funcionario técnico-administrativo Raúl Garavito, quien afirmó lo siguiente “... En la visita que se realizó al Resguardo para actualización del estudio en el año 2013 se evidenció que en la vereda Aribató -sic- del Municipio de Mistrato -sic- se encuentra asentada una comunidad perteneciente al resguardo unificado chami -sic- con su cultura, usos y costumbres y que se rige por el gobierno y justicia propia del resguardo. Además, esta vereda constituye un corredor de paso o tránsito obligado de las distintas comunidades indígenas” (folios 172 y s.s).

### III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

#### 1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

#### 2. Problema Jurídico

En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión deberá determinar si la actuación del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad accionado, amenazó o vulneró los derechos constitucionales fundamentales del ciudadano -indígena- Leonardo Gegary

Tunugama, a la libertad, a la jurisdicción especial indígena, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural, toda vez que invoca encontrarse detenido ilegalmente en establecimiento común de reclusión, habiendo cumplido previamente la pena impuesta por la jurisdicción especial indígena.

Con el fin de resolver el caso, la Sala se pronunciará sobre: i) el alcance de la jurisdicción especial indígena; ii) el cumplimiento y la ejecución de la pena para miembros de comunidades indígenas y, finalmente; iii) abordará el análisis y resolución del caso concreto de acuerdo al problema jurídico planteado anteriormente.

### 3. Alcance de la jurisdicción especial indígena

De acuerdo con el artículo 7º de la Constitución Política, uno de los principios fundamentales del Estado colombiano es el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Ésta, “lejos de ser una formulación retórica, [...] pretende resarcir las injusticias históricas sufridas por algunos grupos sociales tradicionalmente discriminados, proyectando sobre el plano jurídico el deseo de defender el pluralismo como pilar fundamental del Estado Social de Derecho”[8]. En desarrollo de este principio axiológico de la Constitución, violentado abiertamente desde épocas de la colonia, el Constituyente de 1991, estableció la existencia de una jurisdicción especial indígena, que habilita a estos pueblos a ejercer funciones judiciales. En este sentido, el artículo 246 constitucional establece:

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

La posibilidad de que los pueblos indígenas cuenten con una jurisdicción especial, también ha sido reconocida por el artículo 9º del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, y señala que “en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

En igual sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas[9], aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, la cual constituye un criterio de interpretación en el ordenamiento jurídico colombiano[10], establece los estándares mínimos en relación con la garantía de los derechos colectivos e individuales de estos pueblos alrededor del mundo. Respecto al derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones señala:

#### “Artículo 4

Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

#### Artículo 5

Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

(...)

#### Artículo 18

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones (negrilla fuera de texto)”.

El reconocimiento en la Constitución de 1991 de una jurisdicción especial para los pueblos indígenas, en consonancia con tratados internacionales sobre la materia, constituye un paso de reivindicación constitucional y de gran importancia para la protección del pluralismo y la autonomía indígena. Antes de 1991, los pueblos indígenas se habían visto sometidos a procesos de colonización y aculturización y “en mayor o menor medida, habían venido perdiendo su identidad y su cohesión interna y habían permitido que sus sistemas jurídicos tradicionales cayesen en desuso y fuesen sustituidos por el de la cultura nacional”[11]. A

contrario sensu, la Ley Fundamental de 1991, con la consagración de una jurisdicción indígena propia, propugnó por materializar principios definitorios de la Constitución como el pluralismo (art. 1 C.P.) y la diversidad étnica y cultural (art. 7 C.P.), con el fin de reparar y conservar la continuidad de una identidad cultural particular, proteger una especial cosmovisión de la sociedad y, con ello, revertir en cierta medida el proceso de desprotección del que han sido objeto dichos pueblos.

Debido al reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena, y al hecho de que ésta se ha establecido para proteger y garantizar el ejercicio de su derecho a la identidad, la Corte Constitucional se ha ocupado de establecer su alcance, señalando que del artículo 246 constitucional se siguen cuatro elementos centrales[12]:

- i. La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas.
- ii. La potestad de esas autoridades de establecer normas y procedimientos propios.
- iii. La sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y
- iv. La competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.

Los dos primeros hacen parte del núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas, de modo que, “establecida la existencia de una comunidad indígena, que cuente con autoridades propias que ejerzan su poder en un ámbito territorial determinado, surge directamente de la Constitución, el derecho al ejercicio de la jurisdicción”[13].

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además materializar el pluralismo jurídico en el marco de la Constitución y la Ley para ratificar: i) la existencia de un poder jurisdiccional autónomo de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica; ii) normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento propios y; iii) autoridades propias de administración y juzgamiento. Con todo ello se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos “como manera de afirmación de su identidad”[14].

Ahora bien, analizados los anteriores elementos, se debe señalar que el derecho de los pueblos indígenas a gozar de una jurisdicción especial, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, tiene dos dimensiones: en primer lugar es “un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano garantizada por la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas en cuyo beneficio se establece”. Y en segundo lugar, constituye un fuero especial para ciertos individuos, principalmente por cuenta de su pertenencia a una comunidad[15].

Como instrumento de protección adicional de la diversidad étnica, la jurisdicción especial indígena pretende avanzar en el reconocimiento de las autoridades tradicionales y en los espacios en que tramitan los conflictos que afecten la comunidad, bajo tres premisas que han sido formuladas por la Corte Constitucional, a manera de principios[16]:

a. Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas: Indica que sólo de manera excepcional se pueden imponer restricciones a la autonomía de los pueblos indígenas y que éstas sólo son admisibles, cuando “(i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas”[17].

c. Principio a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía: Este principio no significa que los jueces deban dejar de garantizar la jurisdicción de pueblos con bajo nivel de conservación cultural, es decir “no constituye una licencia que permite a los jueces proteger la autonomía de las comunidades indígenas de manera directamente proporcional a su grado de aislamiento [...] pues es claro que la pérdida de ciertos aspectos de la vida tradicional no acarrea necesariamente una disminución de la capacidad para decidir sobre asuntos fundamentales de la vida comunitaria”[19], por el contrario, implica que en los casos de comunidades en los que exista un alto grado de conservación, la justicia ordinaria debe actuar de forma “prudente e informada por conceptos de expertos”[20].

En este sentido, en el Informe del entonces Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, en su visita a Colombia[21] señaló con razón que en el país “el acceso a la

justicia está estrechamente ligado con el territorio, el fortalecimiento de sus autoridades y el respeto de su jurisdicción propia”, e identificó como uno de los problemas vinculados a la justicia para los pueblos indígenas el no reconocimiento por parte de las autoridades del Estado del derecho a la jurisdicción especial, mediante actuaciones que limitan e impiden el ejercicio pleno de este derecho. El Relator instó a las partes involucradas [administración de justicia y administración pública] a prestar atención al desconocimiento de la jurisdicción especial y al hecho de que no se han implementado los mecanismos para coordinar adecuadamente las dos jurisdicciones.

Por otra parte, la jurisdicción indígena también implica un fuero especial, reservado a determinados individuos[22], cuyos casos pueden ser conocidos por esa jurisdicción. En sentencia T-728 de 2002, esta Corporación estableció sobre el mismo que:

“El fuero indígena es el derecho del que gozan miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa, lo cual se debe en buena medida a la gran diversidad de sistemas de resolución de conflictos por el amplio número de comunidades indígenas y a que los parámetros de convivencia en dichas comunidades se basen en concepciones distintas, que generalmente hacen referencia al “ser” más que al “deber ser”, apoyados en una concepción integradora entre el hombre y la naturaleza y con un fuerte vínculo con el sistema de creencias mágico - religiosas”.

Al respecto, la Corte Constitucional ha identificado tradicionalmente que, para que un individuo pueda ser sujeto titular de esta jurisdicción especial, se requiere del cumplimiento de dos elementos esenciales[23]:

- i. Un elemento personal: Que implica que el ciudadano por el hecho de ser miembro de una comunidad indígena determinada ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres; y
- ii. Un elemento geográfico: Que significa que cada comunidad debe investigar y sancionar

las conductas reprochables que suceden en su territorio geográfico, de acuerdo a sus propias normas.

De este modo, las autoridades de los pueblos indígenas se erigen en el juez natural y competente de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre que se acredite la pertenencia del individuo a la comunidad indígena y que los hechos hayan ocurrido dentro de su territorio, considerando un efecto expansivo o una concepción amplia del elemento territorial[24].

La noción de territorio es aquel entendido en principio como el reconocido legalmente bajo la figura del resguardo y el habitualmente ocupado por la comunidad indígena. Sin embargo, hay que resaltar que el criterio territorial se ha ampliado a aquellos ámbitos en donde tradicionalmente los indígenas desarrollen sus actividades sociales, económicas o culturales, ya que según el Convenio 169 de la OIT el territorio cubre la “totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En adición a los componentes del fuero indígena anteriormente expuestos, en la sentencia T-454 de 2013, la Corte consideró, “sin embargo, para que proceda la aplicación de tal jurisdicción no es suficiente la constatación de estos dos criterios, ya que también se requiere que existan unas autoridades tradicionales que puedan ejercer las funciones jurisdiccionales, y la definición de un ámbito territorial en el cual ejerzan su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia, y la condición de que tales usos y prácticas no contraríen la Constitución ni la Ley”.

En virtud de lo anterior, jurisprudencia de la Corte añadió otros elementos adicionales[25] que demarcan la jurisdicción especial indígena y determinan otros criterios de procedencia del fuero especial indígena, con el fin de solucionar tensiones entre jurisdicciones y proteger eficazmente la integridad étnica, la diversidad cultural y el debido proceso constitucional, a saber:

iii. Un elemento institucional: Que indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena. Dicha institucionalidad debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es

decir, sobre: (a) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (b) un concepto genérico de nocividad social; y

iv. Un elemento objetivo: Que se refiere a la naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, si se trata de un interés de la comunidad indígena o de la sociedad mayoritaria. Dicho elemento puede matizar el elemento territorial o geográfico.

Como principio de decisión es posible concluir que en la existencia de un fuero indígena, que active el ejercicio de la jurisdicción especial indígena por parte de las autoridades propias de una determinada comunidad indígena, no basta con acreditar que se trata de un indígena para afirmar que se tiene derecho al fuero especial, pues el juez constitucional debe verificar si efectivamente esta persona pertenece realmente a una comunidad indígena. Además, deben existir en la comunidad autoridades tradicionales e institucionales con capacidad para impartir justicia en su territorio; un vínculo geográfico o territorial circunscrito a la comunidad indígena de la situación fáctica del caso y, finalmente, una verificación de la naturaleza de los sujetos involucrados o del bien jurídico lesionado por una conducta, de manera que pueda determinarse si el interés general del proceso corresponde a su jurisdicción especial o a la cultura mayoritaria, caso en el cual deberá ser competente la jurisdicción ordinaria del Estado.

Habida cuenta que se trata de la aplicación de mecanismos de solución de controversias suscitadas en comunidades con cosmovisiones distintas a la mayoritaria, las anteriores exigencias no deben entenderse taxativamente, antes bien, pueden ser matizadas dependiendo de cada caso concreto. Así, por ejemplo, “puede acreditarse la existencia de una autoridad [o comunidad] que ejerza funciones tradicionales en un ámbito territorial determinado, que no haya sido, sin embargo, oficialmente reconocida”[26], o también puede ocurrir que exista formalmente un resguardo indígena que no tenga capacidad para ejercer su jurisdicción conforme a sus usos tradicionales, “esto es, puede existir un reconocimiento formal de resguardo y cabildo, pero no darse materialmente los supuestos de la jurisdicción, por carencia de normas y prácticas específicas de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones”[27].

Finalmente, cabe destacar del reconocimiento a la jurisdicción especial indígena y, en

consecuencia, del fuero especial a los individuos pertenecientes a estos pueblos, que este derecho implica obligaciones. Así, “por ejemplo, una vez asumida esa función jurisdiccional, no pueden las autoridades tradicionales ejercerla de manera selectiva en unos casos si y en otros no”, y menos aún puede ser utilizada como una herramienta de impunidad[28] que implique el desconocimiento de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

#### 4. El cumplimiento y la ejecución de la pena para miembros de comunidades indígenas

La sentencia C - 394 de 1995, señaló que los indígenas no debían ser recluidos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución:

“En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y ley. Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”.

El Código Penitenciario y Carcelario colombiano, contenido en la Ley 65 de 1993, modificado por la Ley 1709 de 2014, regula el cumplimiento de las medidas de aseguramiento, la ejecución de las penas privativas de la libertad personal y las medidas de seguridad. La reciente Ley 1709, del 20 de enero de 2014, en su artículo 2° adicionó un nuevo artículo en dicho estatuto referente al “enfoque diferencial”, que por su ubicación en el texto de la ley tiene el carácter de ser un principio rector que inspira todo el sistema carcelario y penitenciario colombiano:

“ARTÍCULO 3A. ENFOQUE DIFERENCIAL. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, religión, identidad de género, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad y cualquiera otra. Por tal razón, las medidas penitenciarias contenidas en la presente ley, contarán con dicho enfoque.

El Gobierno Nacional establecerá especiales condiciones de reclusión para los procesados y condenados que hayan sido postulados por este para ser beneficiarios de la pena alternativa establecida por la Ley 975 de 2005 o que se hayan desmovilizado como consecuencia de un proceso de paz con el Gobierno Nacional”. (Negrita fuera de texto).

Según este principio, deben existir establecimientos de reclusión específicos y diferenciados para poblaciones con características particulares. Así, es apenas razonable y proporcional que el Legislador haya complementado el régimen penitenciario y carcelario, dándole una connotación especial a ciertos grupos poblacionales, verbigracia: inimputables por trastorno mental permanente, transitorio o sobreviviente, mujeres, miembros de la fuerza pública, minorías étnicas, etc.

La exposición de motivos del Proyecto de Ley 256 de 2013 -Cámara- “por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993 y se dictan otras disposiciones”, presentado por la entonces Ministra de Justicia y del Derecho, Ruth Stella Correa, dejó en claro la orientación del nuevo principio de enfoque diferencial en materia penitenciaria:

“La salida a la crisis que se ha mostrado anteriormente, requiere del diseño de una estrategia que conjugue elementos de política pública y medidas de corte legislativo. En ese sentido, el Ministerio de Justicia y del Derecho encontró que el actual Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993) tiene falencias que impiden reducir efectivamente la presión sobre el sistema. Es por esta razón que una de las primeras medidas a implementar es una modificación de este código, con el fin de adecuarlo a las actuales circunstancias del sistema penitenciario y carcelario. Para el Ministerio las principales deficiencias que presenta el código y que ameritan su modificación son las siguientes:

a) La ausencia de principios fundamentales como el de enfoque diferencial. Se reconoce la existencia de poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y condición de discapacidad y la necesidad de adaptar las medidas penitenciarias contenidas en el código a partir de tales criterios, tal y como lo ha reiterado en su jurisprudencia la Corte Constitucional colombiana. Adicionalmente se incluye la obligación de establecer condiciones especiales de reclusión para los postulados y condenados de los grupos armados organizados al margen de la ley, teniendo en cuenta su participación en el proceso de paz”.

Dicho principio se puede comprender de mejor manera examinado en concordancia con el principio de igualdad[29], a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, por la cual la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance de la igualdad de la cual se desprenden dos contenidos que vinculan a todos los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente y, por otro, un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes, dentro del cual se enmarca el principio de enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria.

Este principio legal de enfoque diferencial, debidamente desarrollado y aplicado por las autoridades competentes, permite lograr el cometido principal del fin de la pena, es decir, la resocialización del procesado o condenado, ya que sin lugar a dudas, una reclusión uniforme para población diferenciada que no atienda criterios de edad, género, religión, orientación sexual, raza, etnia, situación de discapacidad o cualquier otra, vulnera los derechos fundamentales a la igualdad y a la identidad de las personas privadas de la libertad, especialmente, los principios de pluralismo y diversidad étnica y cultural, axiológicos a la Carta Política.

Vale recordar y hacer nuevamente un llamado de atención a las autoridades involucradas con el sistema penitenciario y carcelario, especialmente al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- y al Ministerio de Justicia y del Derecho, para que los establecimientos de reclusión cuenten con penitenciarias especiales o pabellones que discriminen positivamente estos grupos poblacionales, con el fin de prevalecer la dignidad inherente al ser humano privado de la libertad, las garantías constitucionales y los Derechos Humanos, universalmente reconocidos. Esto, por cuanto una privación de libertad que no respete las diferencias poblacionales puede constituir un criterio restrictivo innecesario, irrazonable y desproporcionado respecto de los objetivos legítimos impuestos por la pena. A su turno, esta diferenciación en las condiciones de reclusión puede contribuir a reducir el hacinamiento y las prácticas de violencia física, síquica o moral que impera en los establecimientos de reclusión colombianos.

Estos principios constitucionales de pluralismo, diversidad étnica y cultural, desigualdad entre desiguales, y dignidad humana se observan reflejados en el principio legal de enfoque diferencial, el cual tiene un desarrollo directo en el Código Penitenciario y Carcelario, toda vez que el artículo 29 de dicho estatuto reconoce como una expresión del mismo, la reclusión en casos especiales, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 29. RECLUSIÓN EN CASOS ESPECIALES. Cuando el hecho punible haya sido cometido por personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, funcionarios y empleados de la Justicia Penal, Cuerpo de Policía Judicial y del Ministerio Público, servidores públicos de elección popular, por funcionarios que gocen de fuero legal o constitucional, ancianos o indígenas, la detención preventiva se llevará a cabo en establecimientos especiales o en instalaciones proporcionadas por el Estado. Esta situación se extiende a los ex servidores públicos respectivos.

La autoridad judicial competente o el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, según el caso, podrá disponer la reclusión en lugares especiales, tanto para la detención preventiva como para la condena, en atención a la gravedad de la imputación, condiciones de seguridad, personalidad del individuo, sus antecedentes y conducta.

También procederá la reclusión en establecimiento o pabellón especial cuando se haya ordenado el arresto de fin de semana, el arresto ininterrumpido, el cumplimiento de fallos de tutela que impliquen privación de la libertad superior a diez (10) días y las privaciones de la libertad a las que se refiere el inciso cuarto del artículo 28 de la Constitución Política.

PARÁGRAFO. Las entidades públicas o privadas interesadas podrán contribuir a la construcción de los centros especiales. En el sostenimiento de dichos centros, podrán participar entidades públicas y privadas sin ánimo de lucro” -negrilla fuera de texto-.

Este mandato del legislador, que debe ser entendido conforme al artículo 3A del Código ordena, en otras palabras, la habilitación de establecimientos de reclusión especiales, los cuales pueden ser proporcionados por instalaciones del Estado. Desafortunadamente, en términos generales, esta normativa no se ha cumplido respecto de la población indígena, tal vez por la ineficiencia de la Administración Pública quien alega una presunta carencia de recursos, que como bien lo ha reiterado esta Corporación, no puede justificar unas condiciones de reclusión vulneratorias de los derechos fundamentales de las personas

privadas de la libertad, más cuando este trato igualitario para los diferentes en materia penitenciaria implica equiparar la identidad, la cultura y la costumbres indígenas con las de todos los demás reclusos, lo cual lesiona el principio constitucional de diversidad étnica y cultural, contenido en el artículo 7º de la Constitución.

Por ello, un enfoque diferencial indígena materializado en el cumplimiento de la pena en un lugar de reclusión propio que establezca el resguardo indígena al cual pertenece el miembro indígena -imputado o condenado-; o la creación de establecimientos de reclusión especiales, proporcionados por el Estado; o, en su defecto, pabellones diferenciados dentro de las mismas cárceles ordinarias, son medidas constitucionales que protegen la identidad cultural y la diversidad étnica, así como la intención del legislador quien quiso brindar una protección especial en los lugares de reclusión a sujetos especialmente protegidos por la Constitución, como las mujeres, los adultos mayores, los niños, los discapacitados y las minorías étnicas, entre otros.

En sentencia C-175 de 2009, esta Corporación consideró:

“... la Carta Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y que, por ende, está interesado en la preservación de esas comunidades diferenciadas, a través de la implementación de herramientas jurídicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales”.

Como se viene considerando, el principio de enfoque diferencial permite proteger pilares definitorios de la Constitución como son el pluralismo (art. 1) y la diversidad étnica y cultural (art. 7), los cuales se deben hacer efectivos en todo el territorio nacional, incluso en las cárceles. Así lo ha dicho la Corte respecto a la identidad cultural de los pueblos indígenas como derecho que se proyecta más allá del lugar donde está ubicada la respectiva comunidad, “(...) Esto obedece a que el principio de diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional, ya que es un principio definitorio del estado social y democrático de derecho. Es este un principio orientado a la inclusión dentro del reconocimiento de la diferencia, no a la exclusión so pretexto de respetar las diferencias. Concluir que la identidad cultural solo se puede expresar en un determinado y único lugar

del territorio equivaldría a establecer políticas de segregación y de separación. Las diversas identidades culturales pueden proyectarse en cualquier lugar del territorio nacional, puesto que todas son igualmente dignas y fundamento de la nacionalidad (artículos 7 y 70 C.P.). La opción de decidir si es conveniente o no dicha proyección y sobre el momento, la forma y los alcances es de cada pueblo indígena en virtud del principio de autodeterminación”[30]-negrilla fuera de texto-.

El derecho a la identidad cultural entonces, según jurisprudencia constitucional[31], otorga a las comunidades indígenas prerrogativas como las siguientes: (i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole y; (xv) ser recluso con un enfoque diferencial.

Con base en lo anterior, se puede concluir que el principio de enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria forma parte del derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, ya que conduce efectivamente a proteger las costumbres, tradiciones y diferentes cosmovisiones de reclusión que cada comunidad indígena detenta. En efecto, la privación de la libertad de un miembro perteneciente a una comunidad indígena en un lugar de reclusión ordinario o común -que por regla general se encuentra en condiciones de hacinamiento-, lleva consigo una pérdida de conciencia sobre los valores culturales y rasgos propios de la colectividad que los caracterizan frente a los demás asociados.

Además, puede traer una consecuencia nefasta e involutiva para los pueblos indígenas, toda vez que al no admitirse diferenciación carcelaria en los establecimientos de reclusión, eventualmente la cultura occidental mayoritaria absorbería a la cultura indígena minoritaria; aquella a través de un proceso de asimilación forzoso terminaría imponiendo un mismo sistema social, económico, cultural y jurídico al momento de ejecutar la pena, lo cual lamentablemente propiciaría que los miembros de comunidades indígenas se incorporen a un esquema de reclusión penal fundado en funciones -de protección, prevención especial, curación, tutela, rehabilitación y reinserción social-, que necesariamente no compaginan con las costumbres tradicionales y culturales de castigo que emplean los distintos pueblos indígenas.

Es claro para la Sala Octava de Revisión, el imperativo de que las autoridades competentes cumplan los mandatos del legislador y de la jurisprudencia constitucional en materia carcelaria, con el fin de poner en funcionamiento los establecimientos de reclusión especiales para las comunidades indígenas, atendiendo al principio de enfoque diferenciado, el cual contribuye a garantizar adecuadamente un modo de reclusión que no atente contra la cosmovisión indígena establecida para sancionar las conductas de sus miembros.

Acerca de la reclusión de miembros de comunidades indígenas en penitenciarías ordinarias del Estado, ya se ha pronunciado esta Corporación con anterioridad, en los siguientes términos:

“Es importante aclarar que, independientemente de que la falta cometida sea o no juzgada por la jurisdicción especial una vez la persona haya sido juzgada y condenada por la jurisdicción ordinaria, es esencial que el cumplimiento de la pena o medida preventiva se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad. De este modo, se plantea la necesidad de que en la ejecución de la condena, se opte por soluciones que favorezcan el cumplimiento de la orden del juez de un modo que respete y no atente contra las costumbres y la conciencia colectiva de los indígenas, para lo cual resulta imperioso armonizar de manera efectiva los mandatos de la justicia y el respeto por la diversidad cultural”[32].

De lo anterior se concluye, que el principio de diversidad étnica y cultural de los indígenas

privados de la libertad debe protegerse en materia penitenciaria y carcelaria, independientemente de la aplicación en el caso concreto de los elementos del fuero indígena. Esta reclusión especial se encuentra acorde con la jurisdicción especial - 246 C.P.- y deberá ser tenida en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento, extendiéndose a la condena.

En este sentido, se debe aclarar la figura constitucional del fuero indígena, la cual autoriza que en unos casos un miembro indígena sea juzgado por la justicia ordinaria y, en otros, por la justicia indígena, pero en ningún momento autoriza que se desconozca la identidad cultural de minorías étnicas, quienes independientemente del lugar de reclusión, por su libre autodeterminación deben poder aplicar sus propias costumbres sancionatorias y de juzgamiento para conservar su integridad étnica y cultural, pues de lo contrario, serían obligados a ser resocializados según otra manera de interpretar el mundo, la cual operaría como un proceso inconstitucional de desculturización masivo[33].

Al respecto, debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplique la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria[34].

Adicionalmente, el principio de enfoque diferencial al otorgar a los indígenas establecimientos de reclusión con diferenciación carcelaria puede entenderse como parte una medida positiva que colabora a reducir el hacinamiento carcelario, por cuanto la Administración Pública encargada de ejecutar políticas públicas de conformidad con la ley y jurisprudencia, podrá proveer penitenciarias modernas, nuevas y especiales que garanticen una privación de la libertad diferenciada, discriminada positivamente para sujetos especiales y grupos minoritarios, protegidos por la Ley Fundamental, y esto consecuentemente, podría coadyuvar a desocupar establecimientos carcelarios con índices de sobrecupo.

Lo anterior, por cuanto el mismo estado de cosas inconstitucionales en materia carcelaria, establecido hace 16 años, mediante la sentencia T-153 de 1998 consideró:

“(…) se puede concluir que el hacinamiento desvirtúa de manera absoluta los fines del

tratamiento penitenciario. Con todo, la Corte quiere concentrar su atención en una consecuencia que considera de mucha gravedad, cual es la de que la sobrepoblación carcelaria impide la separación de los internos por categorías, tal como lo ordenan distintos artículos de la Ley 65 de 1993. En efecto, la ley ordena que los sindicados estén separados de los condenados; que los reincidentes de los primarios, los miembros de la Fuerza Pública, los funcionarios públicos y los indígenas de los demás reclusos, etc.[35]”

Todo lo dicho, acerca del cumplimiento y la ejecución de la pena para miembros de comunidades indígenas en lugares especiales de reclusión, respeta la condición especial, identidad y cosmovisión indígena frente al mundo. También, se encuentra en consonancia con principios constitucionales y con el bloque de constitucionalidad en sentido estricto, particularmente, con el convenio 169 de la OIT, “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, ratificado por el Estado colombiano, el siete de agosto de 1991.

#### “Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio...”

Este artículo, integrado a la Constitución Política de Colombia, reconoce las culturas, tradiciones y circunstancias especiales de los pueblos indígenas y tribales. Los pueblos indígenas reclaman fundadamente al Estado y a la sociedad, el respeto pleno por sus autoridades, instituciones, normas y procedimientos, es decir, el respeto por un sistema jurídico propio en el marco de un Estado pluralista en el cual puedan coexistir varias jurisdicciones. Esta pluralidad jurisdiccional morigeró el enfrentamiento histórico entre el Estado y los pueblos indígenas, con orígenes que se configuran desde el modelo Estado-Nación, en época de independencia. El Estado-Sociedad que se creó a partir de esa época, fue excluyente, eminentemente occidental y, lamentablemente, etnocéntrico, con el objeto de asimilar forzosamente o desaparecer la cultura minoritaria indígena mediante la

imposición por parte del Estado de un idioma, una cultura y un sistema jurídico monista, entre otras.

Esto, se podría predicar en menor escala y con claros matices, en la privación de la libertad que actualmente se impone a los miembros de comunidades indígenas, quienes por ausencia de centros de reclusión especial con enfoque diferencial por razones étnicas, se ven forzados a integrar un sistema occidental penitenciario y carcelario etnocéntrico para el cumplimiento de las penas, que además, en condiciones indignas de hacinamiento, impide cumplir los fines indígenas de la pena.

A su turno, la privación de libertad de miembros de comunidades indígenas en centros de reclusión común atenta contra la jurisdicción especial indígena establecida en la Constitución, (art. 246) en virtud de la cual, “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. En ese orden de ideas, se deben garantizar establecimientos de reclusión especial como ordena el legislador en el artículo 29 del Código Penitenciario y Carcelario y en tanto esto no sea dispuesto, la interpretación constitucional se debe orientar a permitir la privación de la libertad de miembros indígenas dentro de sus respectivos territorios con el objetivo de preservar el principio de diversidad étnica y cultural y la particular cosmovisión del delito y de la pena que tenga establecida cada comunidad.

Siguiendo el Convenio 169 de la OIT, en casos de procedencia en la investigación y juzgamiento de la conducta punible por la jurisdicción ordinaria, ante la ausencia en la configuración de los elementos constitutivos del fuero especial indígena, desarrollados ampliamente por la jurisprudencia de la Corte, todos los jueces de la República, sin excepción de ningún tipo, deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de dichos pueblos, dando preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Por ello, como regla general, independientemente de la jurisdicción aplicable, 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 una forma de sanción a un comportamiento reprochable. Además,

dicha represión estatal desconoce abiertamente la libre determinación de los pueblos indígenas, el pluralismo jurisdiccional del Estado colombiano y con ello, el Convenio 169 de la OIT que admite la existencia de instituciones especiales de las comunidades indígenas, así como la autonomía e independencia de dicha jurisdicción.

Finalmente, la Sala Octava de Revisión llama la atención acerca del diálogo cultural jurisdiccional establecido por esta misma Sala en la sentencia T-866 de 2013, de conformidad con el artículo 246 constitucional “La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema nacional”, para que los jueces de la República y las autoridades de la comunidad indígena afectada ejerzan una colaboración armónica entre jurisdicciones –ordinaria y especial indígena- y eviten vulneraciones a los derechos fundamentales, en especial al debido proceso que implica ser investigado y juzgado por un juez natural.

“Para el diálogo intercultural, lo necesario, entre otros aspectos, contiene i) comunicar de la existencia del proceso a la máxima autoridad de su comunidad o su representante; ii) permitir la intervención procesal de la máxima autoridad indígena o su representante como vocero del sujeto indígena investigado; iii) elevar el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura en caso de que dicha autoridad, el investigado o su defensor invoquen el fuero especial indígena; iv) en el caso de que se haya dictado una medida privativa de la libertad, el operador jurídico deberá valorar un enfoque diferencial en las condiciones de reclusión que deben aplicarse para poblaciones con características particulares en razón de su etnia; v) para todo lo anterior, los jueces penales y de ejecución de penas deberán contar con un directorio o registro actualizado de comunidades y autoridades indígenas, el cual deberá proveer el Consejo Superior de la Judicatura, como entidad responsable del eficaz funcionamiento de la administración de justicia”[36].

En consecuencia, se debe verificar en primer lugar, que el indígena en realidad sea un miembro de una comunidad que no haya sido culturizado por el mundo occidental, para en segundo lugar, tratarlo de acuerdo a condiciones especiales, que permitan conservar sus usos y costumbres, identidad y dignidad humana, mediante el acompañamiento de las autoridades tradicionales en el tratamiento penitenciario y carcelario.[37]

La sentencia T-097 de 2012, consideró al respecto que “... en los casos en los que se ha

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

## 5. Caso concreto

De las circunstancias del caso concreto, la Sala Octava de Revisión observa los siguientes presupuestos fácticos:

1. El accionante Leonardo Gegary Tunugama se encuentra privado de la libertad desde el 13 de julio de 2010, en la cárcel de Ibagué, Tolima, La Picalaña - Coiba-, en el pabellón 1A del bloque II.
2. Gegary Tunugama fue condenado mediante sentencia del 23 de marzo de 1995, a 20 años de prisión, como responsable del delito de homicidio en concurso, recaído en las personas de Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe, hecho por el cual fue acusado por la Fiscalía General de la Nación. Aunque el actor aduce que el Cabildo Indígena Frey de Mistrató (Risaralda), lo castigó a una pena de 10 años de cepo y 5 años de trabajo comunitario, no fue posible después del despliegue probatorio realizado por la Corte probar el dicho, menos aun cuando el presunto castigo indígena tuvo lugar en 1985 y los hechos del caso ocurrieron en el año 1991[38].
3. De la parte motiva de la providencia ordinaria condenatoria, mencionada anteriormente, se evidencian dos hechos relevantes para la resolución del presente asunto: i) el homicidio tuvo lugar en la vereda de “Aribató” -folio 21-, jurisdicción del municipio de Mistrató, Risaralda y; ii) Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe tenían la calidad de

miembros de comunidad indígena, como se puede observar en la providencia: “A través de toda la actuación se hace evidente la muerte de los indígenas Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe y queda suficientemente claro que las mismas se produjeron por la acción de otros seres humanos” -folio 28- (negrilla fuera de texto).

En consecuencia, procede la Sala a establecer si se cumplen los elementos del fuero indígena en el asunto sub-examine:

- Elemento Personal. Como respuesta al auto de 9 de abril de 2014, la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, señaló que Leonardo Gegary Tunugama, se encuentra incorporado en el censo de Familias en Acción del Resguardo Unificado del Río San Juan, de la vereda Caimito del Municipio de Mistrató correspondiente al año 2008, con último registro correspondiente en el censo de 2010 del mismo resguardo.

Como prueba, dicha Dirección anexó copia de los censos de los años 2008 y 2010, en los cuales efectivamente aparece registrado el accionante. Adicionalmente, la sentencia condenatoria de 23 de marzo de 1995, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, reconoce la calidad de indígena del tutelante -folio 28-.

- Elemento Territorial. Por otra parte, como respuesta a varios requerimientos judiciales, la Sala comprueba que la vereda de “Aribató”, Risaralda, en la cual ocurrió el homicidio perpetrado por el accionante contra otros miembros de la comunidad indígena, pertenece al territorio indígena del Resguardo Unificado del Río San Juan -Embera Chamí. En efecto, pese a una contradicción probatoria, tres autoridades distintas afirmaron que la vereda “Aribató” hace parte del territorio indígena. En primer lugar, mediante comunicación telefónica sostenida con el señor Alcalde Municipal del Mistrató, Risaralda, Diego León Medina, se corroboró que la vereda sí hace parte de la comunidad. En segundo lugar, reposa en el expediente entrevista de prensa en un diario local, en la cual la Secretaria de Infraestructura del Departamento, Diana Patricia Villegas, explica que “unas familias beneficiadas de un proyecto residen en las veredas Aribató y Atarraya, perteneciente a la zona indígena del municipio de Mistrató”. En tercer lugar, se tiene informe de un funcionario técnico del INCODER, Risaralda, en el cual se manifiesta que en la vereda de Aribató se encuentra asentada una comunidad indígena Embera- Chamí y, además, que esa

vereda constituye un corredor para las comunidades indígenas.

· Elemento Institucional u Orgánico. Se encuentra probado que el pueblo indígena cuenta con instituciones competentes para resolver conflictos internos. Recientemente, la Corte Constitucional señaló en la sentencia T- 921 de 5 de diciembre de 2013, respecto a la misma comunidad indígena que, “se encuentra plenamente acreditado en el proceso teniendo en cuenta la organización jurídica de la Cultura Embera - Chamí que cuenta con sus propios tribunales y con un sistema de justicia adecuado para garantizar los derechos de los sujetos procesales y de la propia sociedad”. (Ver fundamento jurídico 8.3.1).

De los anteriores presupuestos, considera la Sala Octava de Revisión que se reúnen los requisitos necesarios para la aplicación de la jurisdicción especial indígena a favor del ciudadano Leonardo Gegary Tunugama, lo cual conlleva anular, por falta de jurisdicción, la providencia condenatoria ordinaria proferida el 23 de marzo de 1995, en el marco de vigencia de una Constitución Política pluralista -art 1º C.P.-, que reconoce y protege de manera especial la diversidad étnica y cultural de la Nación -art. 7º C.P.-.

De manera específica, resulta extraño para la Sala que la sentencia precitada, proveniente del Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, considere que los “hechos tuvieron ocurrencia en la vereda de “Aribató”, jurisdicción del municipio de Mistrató Risaralda”, -folio 21- sin embargo, no indague más allá sobre el territorio geográfico que ocupa dicha vereda para determinar si el mismo constituye parte del territorio indígena o no.

También resulta sorprendente que la misma providencia reconozca que el conflicto penal ordinario está compuesto por sujetos procesales activos y pasivos indígenas, pero omita una mención a la jurisdicción especial indígena, al juez natural y al fuero que les asiste a los miembros de pueblos indígenas.

De manera irreflexiva, admite la sentencia el fuero personal de los sujetos procesales: “A través de toda la actuación se hace evidente la muerte de los indígenas Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe” (...) “Desde los albores de la investigación se obtuvo información en el sentido que quienes causaron la muerte a los indígenas Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe, fueron los igualmente indígenas Raúl y Leonardo Gegari Tunugama” -negrilla fuera de texto, folio 28-.

Lo expuesto, exterioriza que el juez penal ordinario no valoró que las circunstancias de hecho del caso, ameritaban el acceso a otra jurisdicción y forma juzgamiento, igual de válida en virtud de la Constitución -art. 246 C.P-. Asimismo, el juzgador omitió la aplicación al caso concreto del principio constitucional de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos, según este, la autonomía e independencia de las comunidades indígenas debe ser respetada en mayor medida cuando el problema examinado por el juez involucra miembros de una misma comunidad, lo cual se encuentra verificado en el expediente ya que no existen dos o más culturas diferentes en tensión que justifiquen mantener la jurisdicción ordinaria del Estado.

Por consiguiente, el juez penal ordinario vulneró el derecho fundamental a la jurisdicción especial indígena, al juez natural y al debido proceso, al no elevar en su momento un conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura, toda vez que la calidad de indígena del procesado estaba acreditada y con ese solo hecho no resultaba despejada su jurisdicción para proferir una decisión en derecho. De paso, el juez desconoció considerar junto con las autoridades de la comunidad indígena, el diálogo intercultural jurisdiccional[39], con el fin de evitar vulneraciones al debido proceso del actor, en su derecho a ser investigado y juzgado por su juez natural, máxime si el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 9.2., que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”- negrilla fuera de texto-.

Por otra parte, de conformidad con el Código Penitenciario y Carcelario -artículos 29 y 51-, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad accionado, falló al momento de verificar el lugar y las condiciones en que Leonardo Gegary Tunugama debía cumplir la pena, habida cuenta que como indígena le corresponde ser recluso en un establecimiento de reclusión especial y no en un lugar común, en condiciones de hacinamiento que atentan contra la dignidad humana.

Ahora bien, respecto al proceso de la acción de tutela, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, encuentra que la decisión de primera y única instancia de 28 de octubre de 2013, proferida por el Tribunal Superior de Ibagué -Sala Penal-, la cual negó la solicitud de tutela, se abstuvo de examinar el fondo del asunto y la clara violación a los derechos fundamentales al debido proceso, a la jurisdicción indígena y al juez natural,

tampoco desplegó pruebas que dieran claridad acerca del fuero que le asiste al accionante.

Dicho Tribunal, se limitó a analizar cuestiones de forma y procedibilidad, al señalar que no existían peticiones de libertad pendientes por resolver de parte del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad -accionado-, y que el accionante fue negligente a la hora de no presentar recursos contra las providencias que resolvieron sus diferentes solicitudes, lo cual no constituía el verdadero debate constitucional que debía resolver el juez constitucional, quien ante un sujeto de especial protección constitucional y una minoría étnica debía determinar el fondo de la acción constitucional, es decir, si el tutelante, miembro de una comunidad indígena fue i) legítimamente investigado y juzgado y; ii) si el cumplimiento de la pena a órdenes de una cárcel ordinaria común vulnera sus derechos fundamentales.

Frente a lo primero, la Sala encuentra que Leonardo Gegary Tunugama tiene fuero indígena y, por tanto, no debió ser investigado, juzgado y condenado por la justicia ordinaria sino por su jurisdicción especial, en tanto se cumplen la totalidad de los elementos desarrollados por la jurisprudencia constitucional que conducen a proteger principios universales y derechos fundamentales como el juez natural, el debido proceso y la jurisdicción indígena, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, el cual forma parte del bloque de constitucionalidad stricto sensu.

Por lo anterior, la Sala Octava revocará la sentencia de instancia y, en su lugar concederá, los derechos fundamentales del actor a la jurisdicción especial indígena, al juez natural, a la diversidad étnica y cultural y al debido proceso. Ante lo cual será perentorio i) declarar la nulidad de la sentencia ordinaria condenatoria, proferida el 23 de marzo de 1995 por el Juzgado 1º Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, Risaralda, mediante la cual se condenó sin jurisdicción a Leonardo Gegary Tunugama a 20 años de prisión y; ii) ordenar al juzgado accionado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, el traslado del accionante a disposición de las autoridades indígenas del Resguardo Unificado del Río San Juan -Embera Chamí, quienes deberán determinar la investigación, el juzgamiento y la condena por el homicidio perpetrado en contra de los indígenas Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe, ocurrido el 19 de abril de 1991, en la vereda de Aribató, municipio de Mistrató, Risaralda.

En segundo lugar, considera la Sala que actualmente se violan derechos fundamentales del accionante por el hecho de estar privado de la libertad ilegalmente en una cárcel común, sin distinción a un tratamiento penitenciario y carcelario adecuado respecto de su condición especial. Como se señaló en la parte considerativa de la providencia[40], dicha reclusión a indígenas sin enfoque diferencial vulnera los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural, a la identidad cultural de las comunidades indígenas y al debido proceso en la ejecución de la pena.

En virtud del notorio estado de cosas inconstitucional en materia carcelaria[41], declarado por esta Corporación hace 16 años, se hace necesario reiterar la obligación legal de proveer establecimientos de reclusión especiales para sujetos de especial protección, como los indígenas, quienes independientemente de la jurisdicción aplicable, deberían cumplir la pena en establecimientos especiales con enfoque diferencial o, en su defecto, en un lugar nativo o tradicional que propicie la operancia plena de la justicia indígena, el control de sus propias instituciones de las formas de castigo, con el fin de mantener y fortalecer los rasgos, lenguas y tradiciones indígenas que forman parte de la idiosincrasia del Estado-Nación colombiano.

Adicionalmente, para la Sala Octava el encarcelamiento de indígenas en penitenciarias comunes conlleva a una asimilación o integración forzosa que quebranta los valores culturales y el principio de identidad étnica del que son titulares los miembros de comunidades indígenas. De manera que, por regla general, el cumplimiento de penas para los miembros de comunidades indígenas en establecimientos comunes, no salvaguarda el ejercicio de una jurisdicción y una cultura minoritaria, salvo que los jueces o fiscales demuestren por qué al estar en una cárcel ordinaria no se afecta la cosmovisión del indígena, es decir, la manera en que cada cultura indígena contempla la represión de los delitos y el cumplimiento de las penas.

Finalmente, la Corte Constitucional considera que la privación de la libertad de los miembros de comunidades indígenas en lugar de reclusión común quebranta la identidad social y cultural, las costumbres y tradiciones, y las instituciones especiales de las comunidades indígenas, así como la autonomía e independencia de dicha jurisdicción constitucional. Por tanto, de conformidad con los principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas, de la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos, la jurisdicción ordinaria al imponer sanciones penales previstas por la legislación penal a miembros de los pueblos indígenas, deberá dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, conforme a la justicia consuetudinaria.

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- LEVANTAR los términos en el expediente de la referencia, que fueron suspendidos mediante auto de 2 junio de 2014.

Segundo.- REVOCAR la sentencia de primera y única instancia proferida por el Tribunal Superior -Sala Penal- del Distrito Judicial de Ibagué (Tolima), el 28 de octubre de 2013, que negó la acción de tutela de la referencia instaurada por el accionante. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la jurisdicción especial indígena, al juez natural, a la diversidad étnica y cultural y al debido proceso a favor del accionante Leonardo Gegary Tunugama.

Tercero.- DECLARAR la nulidad de la sentencia proferida el 23 de marzo de 1995, por el Juzgado 1° Promiscuo del Circuito de Belén de Umbría, Risaralda, mediante la cual condenó al ciudadano Leonardo Gegary Tunugama a veinte (20) años de cárcel.

Cuarto.- ORDENAR al Juzgado 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, que traslade al accionante Leonardo Gegary Tunugama, a disposición de las autoridades indígenas del Resguardo Unificado del Río San Juan -Embera Chamí.

Quinto.- ORDENAR a las autoridades institucionales del Resguardo Unificado del Río San Juan -Embera Chamí-, que determinen en el momento de presentación de Leonardo Gegary Tunugama a la comunidad, la investigación, el juzgamiento y la condena, por el homicidio perpetrado en contra de Samuel y Ernestina Nevaregama Guaurabe, ocurrido el 19 de abril de 1991, en la vereda de "Aribató", municipio de Mistrató, Risaralda.

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

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada (e)

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Ausente con permiso

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ANDRES MUTIS VANEGAS

Secretario General (e)

[1] Folio 14, cuaderno de tutela.

[2] Ver folio 12, cuaderno de tutela.

[3] Ver folio 15, cuaderno de tutela.

[4] Ver folios 19-50, cuaderno de tutela.

[5] Ver folio 19, cuaderno de tutela.

[6] Ver folio 34, cuaderno de tutela.

[7] Ver folio 170. Periódico El Diario del Otún (edición 31 de julio de 2014): <http://eldiario.com.co/seccion/RISARALDA/abren-otra-v-a-en-risaralda120731.html>

[8] Sentencia T-002 de 2012.

[9] Inicialmente, Colombia fue uno de los 11 países que se abstuvo de votar la Declaración

Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, en 2009, manifestó su adhesión a este instrumento. Al respecto ver: “Colombia suscribe Declaración de los Derechos Indígenas”, en: [http://www.acnur.org/index.php?id\\_pag=8506](http://www.acnur.org/index.php?id_pag=8506)

[10] En sentencia T-002 de 2012, la Corte Constitucional señaló que “la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es fiel reflejo de la posición adoptada por la comunidad internacional y por la doctrina especializada en la materia, por tanto debe tenerse como una pauta de interpretación válida para el juez constitucional en casos relacionados con los derechos de las personas y pueblos aborígenes”.

[11] Sentencia T-552 de 2003.

[12] Ver entre otras, las sentencias C-139 de 1996, T-552 de 2003, T-818 de 2004, T-364 de 2011 y T- 921 de 2013.

[13] Sentencia T-552 de 2003.

[14] Ibídem.

[15] Ibídem.

[16] Sentencia T-002 de 2012.

[17] Ver entre otras: Sentencias T-254 de 1994, T-349 de 1996, SU-510 de 1998, T 002 de 2012.

[19] Ver entre otras: Sentencias T-514 de 2009 y T-002 de 2012.

[20] Sentencia T-002 de 2012.

[21] Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 61.º período de sesiones, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, sobre su visita a Colombia, documento E/CN.4/2005/88/Add.2, 10 de noviembre de 2004. Disponible en:

<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G04/165/18/PDF/G0416518.pdf?OpenElement>

[22] Entre otras, en sentencia T-496 de 1996, la Corte Constitucional señaló que “del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo” (negrilla fuera de texto).

[23] Ver entre otras las sentencias T-1294 de 2005, T-903 de 2009, T-097 de 2012, T-496 de 1996, T-364 de 2011 y T-552 de 2003.

[24] Al respecto, en sentencia T-1238 de 2004, reiterada por la sentencia T-617 de 2010, se señaló que “establecida la existencia del territorio en su dimensión formal y cultural, el mismo puede tener, de manera excepcional, un efecto expansivo, de manera que puedan tenerse como amparadas por el fuero conductas ocurridas por fuera de ese ámbito geográfico pero en condiciones que permitan referirla al mismo. Tal sería, por ejemplo, el delito cometido por un indígena por fuera de su territorio, en relación con otro integrante de la misma comunidad, en condiciones de aislamiento, y que vivían y se determinaban por las pautas de conducta imperantes en su comunidad”.

[25] Ver sentencia T-002 de 2012, entre otras.

[26] Sentencia T-552 de 2003.

[27] Ibídem.

[28] Ibídem.

[29] Desde el texto original de la Ley 65 de 1993, artículo 3°, se prevé el principio de igualdad en materia carcelaria que impide cualquier forma de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

[30] T-772 de 2005

[31] Ibídem

[32] T-097 de 2012

[33] Ver al respecto la sentencia T-921 de 2013.

[34] Ver al respecto las sentencias C-806 de 2002 y T-921 de 2013.

[35] T- 153 de 1998 (F.J. # 36)

[36] T-866 de 2013.

[37] T-1026 de 2008.

[38] El Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué, Tolima, accionado, procedió a desestimar el presunto castigo indígena, el cual tuvo lugar por otros hechos, dada la fecha del juzgamiento indígena: “debe precisarse que si GEGARY TUNUGAMA fue debidamente procesado, juzgado y condenado por su comunidad indígena por unos hechos ocurridos en el año de 1985, donde se le impuso una sanción de 15 años y que su juez natural lo fue el señor Gobernador Indígena Luis Angel Podagama, por el delito de homicidio simple, es lógico concluir que no estamos en presencia de la figura jurídica denominada non bis in ídem, como quiera que los hechos por los que fue juzgado en su comunidad tuvieron ocurrencia en el año de 1985, como él mismo lo sostiene, y los hechos que originaron la presente condena tuvieron ocurrencia en el mes de abril de 1991, es decir, 6 años después” -folio 40-.

[39] Ver sentencia T-866 de 2013.

[40] Ver punto 4, sobre cumplimiento y ejecución de la pena para miembros de comunidades indígenas.

[41] T-153 de 1998