

Sentencia T-866/13

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA DE COMUNIDAD INDIGENA-En representación de miembros de la comunidad

Esta Corporación, en diversos pronunciamientos ha señalado que los derechos de las comunidades indígenas pueden ser defendidos por sus dirigentes o sus miembros, pues estos “gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”, e incluso terceros, cuando los hechos así lo demanden.

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Alcance y límites/JURISDICCION INDIGENA-Dimensiones

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además reafirmar la existencia de un poder de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica, normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento, y se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos “como manera de afirmación de su identidad”. 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, por cuenta de su pertenencia a una comunidad.

JURISDICCION INDIGENA-Principios

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Forma parte del debido proceso/DEBIDO PROCESO-Aplicación del principio del juez natural

El debido proceso es un principio de acuerdo al cual toda persona tiene derecho a unas

garantías procesales mínimas, en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. De acuerdo con el artículo 29 constitucional y, en relación con el asunto que nos ocupa, implica i) que nadie puede ser juzgado “sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente” y, ii) que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA-Función de dirimir conflictos de competencia entre distintas jurisdicciones

Puede suceder que dos jueces de distinta jurisdicción, por ejemplo uno de la justicia penal militar y otro de la justicia ordinaria, o uno de la jurisdicción especial indígena y otro de la ordinaria, entiendan que tienen igual competencia respecto de un caso. Por esa razón, la Constitución estableció en su artículo 256.6, que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”, de tal suerte que, en caso de duda o en caso de que dos jueces reclamen su competencia sobre un mismo asunto, existe una instancia competente y encargada de dirimir la controversia y radicar definitivamente el asunto en cabeza de un determinado juez. En este orden de ideas, cuando dos instancias reclaman su jurisdicción, es imperativo remitir el asunto al Consejo Superior de la Judicatura, para que resuelva la controversia.

JURISDICCION INDIGENA Y JURISDICCION ORDINARIA-Reglas para la solución de tensiones

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Alcance de las expresiones a no ser “juzgado dos veces por un mismo hecho”/PRINCIPIO NON BIS IN IDEM-Protección constitucional e internacional

FUERO INDIGENA-Elementos personal y territorial determinan la competencia para que opere la jurisdicción indígena

ELEMENTOS DE LA JURISDICCION INDIGENA-Territorial, personal, institucional y objetivo

DERECHO A LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA-Improcedencia por cuanto el accionante no reúne los elementos geográfico o territorial y objetivo para ser juzgado por la jurisdicción indígena

PRINCIPIO NON BIS IN IDEM Y DEBIDO PROCESO DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA-Vulneración por cuanto indígena fue condenado por los mismos hechos en la jurisdicción

ordinaria y en la jurisdicción indígena

La violación al derecho fundamental de debido proceso y al principio de non bis in ídem, que se presentó en este caso, obedeció en parte a una actitud negligente por parte del juez ordinario que decidió no elevar en su oportunidad el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura y, además, por cuanto no indagó sobre la condición indígena del procesado, quien como miembro de una comunidad étnica podía ser sujeto de excepción por diversidad etnocultural -art. 33 Código Penal- o de error de prohibición culturalmente condicionado en el caso que el vínculo cultural le impidiese conocer la ilicitud de la conducta.

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

DEBIDO PROCESO DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA PRIVADO DE LA LIBERTAD-Solicitud de traslado de lugar de reclusión fue negada vulnerando posibilidad del accionante de reintegrarse con su comunidad étnica

Referencia: expediente T-3.286.638

Acción de tutela interpuesta por Henry Mauricio Neuta Zabala, actuando como agente oficioso de Jaime Chiguasque Neuta, contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá, con sede en Soacha.

Magistrado Ponente:

ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva, María Victoria Calle Correa y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias Constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el trámite de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.- El ciudadano Henry Mauricio Neuta, en representación del ciudadano Jaime Chiguasuque Neuta, actuando en calidad de Gobernador del Cabildo Muisca de Bosa, presentó acción de tutela contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, con el objeto de que fuesen amparados sus derechos al debido proceso, a la jurisdicción especial indígena, a la diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al principio de non bis in ídem, presuntamente desconocidos por la actuación de la entidad accionada.

Hechos

3.- Conforme a lo anterior, la Fiscalía Tercera Seccional de Fusagasugá inició el 22 de marzo de 2003 la apertura de instrucción penal. En diligencia de indagatoria celebrada ese mismo día el accionante nombró como su defensor al doctor Rafael Enrique Troncoso Villaruel e indicó al ente acusador que estudió primaria en la escuela San Bernardino y posteriormente mecánica en el SENA[1].

4.- El ciclo instructivo culminó con la acusación del ciudadano Jaime Chiguasuque Neuta como presunto coautor del delito de hurto calificado, artículos 239 y 240 inciso 2° y agravado por los numerales 8°, 9° y 10° del artículo 241 de la Ley 599 de 2000, en concurso material y heterogéneo con fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones, consagrado en el artículo 356 ibídem.

5.- El 16 de octubre de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá profirió sentencia condenatoria a 20 meses de prisión por el delito de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas, contra el señor Jaime Chiguasuque Neuta. El 1º de febrero de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca - Sala Penal - confirmó la

sentencia de primera instancia que había sido apelada por otro de los condenados.

6.- El señor Jaime Chiguasuque Neuta es indígena y pertenece al Resguardo Muisca de Bosa, comunidad que inició una investigación por los hechos en los que resultó detenido y, realizó el 1º de octubre de 2003 una asamblea de juzgamiento. En esta el actor fue castigado mediante acta No. 76 del 01 de octubre de 2003 a 10 años de trabajo comunitario, tiempo durante el cual le fue prohibido salir del territorio indígena, so pena de ser excluido del censo poblacional del resguardo. En desarrollo de la asamblea de juzgamiento, el señor Chiguasuque afirmó que: i) fue engañado por un señor que le pidió guardar unos objetos en su casa, los cuales desconocía había sido robados; ii) actuó de buena fe; y iii) desconocía la existencia de armas al interior del vehículo en el que llevaban lo hurtado. El accionante pidió disculpas a la comunidad y aceptó el castigo que le fue impuesto[2].

7.- El 23 de mayo de 2011, el señor Henry Mauricio Neuta, actuando como Gobernador del Cabildo Muisca de Bosa, elevó un derecho de petición ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, en el cual señaló por primera vez que el comunero muisca Jaime Chiguasuque Neuta ya había sido juzgado y condenado por las autoridades tradicionales indígenas y estaba cumpliendo con la sanción impuesta en esta jurisdicción, al punto que cuando fue capturado se encontraba supuestamente trabajando en su huerta[3]. Por lo anterior, el gobernador indígena solicitó el traslado del señor Chiguasuque a su comunidad.

8.- Encontrándose ejecutoriada la sentencia condenatoria, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, dio respuesta negativa el 31 de mayo de 2011, a la petición elevada por el señor Henry Mauricio Neuta, señalando los siguientes argumentos, entre otros: a) que en la diligencia de indagatoria el comunero no hizo referencia a su condición de indígena, aunque admite que durante el proceso el abogado del condenado remitió un memorial en el que informa esta situación[4]; b) que la procedencia del fuero especial indígena depende no sólo del factor étnico, sino también del hecho de que el sujeto esté culturalmente incorporado a la comunidad[5]; y c) que la jurisdicción especial indígena se ejerce dentro de un determinado territorio, vinculado a la presencia de la comunidad y a la capacidad de sus autoridades de ejercer control social de manera autónoma[6].

9.- El Juzgado estableció, además, que plantear en ese momento de manera extemporánea, la discusión sobre el conflicto de jurisdicciones, tendría repercusiones negativas en la oportunidad y eficacia de la administración de justicia, en el eventual caso de tener que repetir todo lo actuado[7]. Por esta razón, se abrogó la competencia para decidir el presunto conflicto de competencias, resolvió negar la solicitud de traslado a la jurisdicción indígena e informó que contra esa providencia procedían los recursos de reposición y apelación[8].

10.- El 10 de junio de 2011 el señor Henry Mauricio Neuta, interpuso recurso de apelación contra el auto del 31 de mayo, proferido por el Juzgado accionado y pidió que se le permitiese sustentar dicho recurso una vez fuese concedido[9]. El 21 de junio se informó que vencido el término, no fue sustentado el recurso de apelación por el Gobernador del Cabildo Indígena Muisca de Bosa[10]. El 6 de julio presentó recurso de reposición contra la decisión del 31 mayo de 2011[11], respecto del cual el juez se abstuvo de dar trámite, por haber sido presentado extemporáneamente[12].

11.- El 10 de agosto de 2011, el señor Henry Mauricio Neuta, radicó un escrito ante el Juzgado accionado, solicitando el traslado de lugar de reclusión del señor Chiguasuque Neuta, para que pudiese terminar de pagar su pena privativa de la libertad al interior de la comunidad indígena, con la vigilancia de sus autoridades. Lo anterior, en consideración al artículo 29 de la Ley 65 de 1993, según la cual los indígenas, por su condición, deben ser reclusos en lugares especiales en aras de preservar su identidad cultural y evitar la ruptura de sus lazos con la comunidad[13].

12.- El 17 de agosto de 2011, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, requirió al director del Centro Penitenciario y Carcelario de Fusagasugá, para que en coordinación con el Director General del INPEC, estudiara la posibilidad de trasladar al señor Chiguasuque a una instalación especial proveída por el Estado para tal fin. Señaló, además, que no se podía afirmar que el señor Chiguasuque hubiese sido doblemente castigado, porque los fines de la justicia indígena son diferentes a los de la justicia ordinaria[14].

13. En atención a los anteriores hechos, el señor Henry Mauricio Neuta, actuando en representación del señor Jaime Chiguasuque Neuta y en su calidad de gobernador del

Cabildo Indígena Muisca de Bosa, radicó el 6 de septiembre de 2011, acción de tutela contra el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, por desconocimiento de los derechos al debido proceso, a la jurisdicción especial indígena, a la diversidad étnica y cultural, al principio non bis in ídem, a la igualdad y dignidad cultural, a la cosmovisión diversa y a la diversidad cultural.

14.- De acuerdo con el señor Neuta, la jurisdicción ordinaria vulneró el principio de non bis in ídem porque no tomó en cuenta su calidad de indígena y no solicitó certificaciones, documentos, constancias o copias de la decisión de la comunidad, lo que se tradujo en el desconocimiento de la jurisdicción indígena y en un doble juzgamiento del señor Chiguasuque, por los mismos hechos[15].

15.- Por otra parte, el agente oficioso señaló que la decisión del juez de ejecución de penas concerniente en buscar una cárcel dentro del sistema penitenciario estatal, en lugar de coordinar con la respectiva autoridad indígena muisca para que el condenado cumpliera la sanción en su comunidad, aleja al comunero de su relación espiritual con el territorio, su familia, y sus usos y costumbres relacionados con su identidad[16].

16.- Señaló además que a la fecha, el comunero había cumplido 6 de los 10 años de trabajo impuestos por la jurisdicción especial indígena, y que llevaba purgada la mitad de la pena de 20 meses impuesta por el sistema de justicia nacional. De acuerdo con el agente oficioso “[u]n acto de justicia y de reivindicación del sistema de justicia ordinario con el señor Jaime Chiguasuque Neuta demandaría mínimo su libertad inmediata”.

17.- En atención a lo anterior, el gobernador del cabildo solicitó i) ordenar la libertad inmediata del comunero indígena Jaime Chiaguasuque Neuta o su traslado a la comunidad Muisca de Bosa; ii) ratificar que el juez natural de las personas indígenas es su autoridad tradicional; y iii) compulsar copias a la autoridad correspondiente para que investigara la conducta en la que, por acción u omisión, incurrieron los funcionarios que desconocieron la jurisdicción especial indígena y originaron la afectación de los derechos fundamentales.

Respuesta de la entidad demandada

18.- En respuesta a la acción de tutela, en oficio no. 3657 de 14 de septiembre de 2011, Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha,

señaló que no incurrió en violación alguna de los derechos fundamentales del señor Chiguasuque Neuta, motivo por el cual solicitó que el amparo invocado fuese negado.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

- Fallo de primera instancia

Interpuesta la acción de tutela, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca en oficio del 8 de septiembre de 2011, señaló que “la privación de la libertad del señor JAIME CHIGUASUQUE NEUTA, no habilita per se al señor HENRY MAURICIO NEUTA, Gobernador del Cabildo indígena al cual éste pertenece, para presentar la tutela a su favor, se ordena requerirlo para que en un término no superior a tres (3) días, aporte el documento correspondiente mediante el cual acredite la obtención de consentimiento expreso del señor JAIME CHIGUASUQUE para impetrar el amparo constitucional en su nombre, o informe y demuestre si existe al interior de la comunidad que representa, algún manual o estatuto donde se viabilice que puede hacer solicitudes a nombre de sus integrantes. De lo contrario se advierte que procederá el rechazo de la acción”[17].

El 12 de septiembre de 2011, el señor Jaime Chiguasuque Neuta allegó a la Sala Penal del Tribunal Judicial de Cundinamarca un escrito en el que señalaba que solicitó de manera verbal al Gobernador del Cabildo Muisca de Bosa, señor Henry Mauricio Neuta Zabala, que interviniera en representación de sus intereses y defensa judicial ante el juzgado referido, e incoara acción de tutela por violación de sus derechos fundamentales como integrante de la comunidad indígena Muisca de Bosa. Señaló que conoce de la tutela que se tramitó ante dicho despacho y ratificó su autorización y consentimiento de forma expresa. Destacó, finalmente, que no interpone la acción por si mismo, porque se encuentra privado de la libertad[18].

En sentencia del 21 de septiembre de 2011, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, resolvió la acción de tutela impetrada por el señor Henry Mauricio Neuta, actuando como agente oficioso de Jaime Chiguasuque Neuta, contra el juzgado accionado.

De acuerdo con la sentencia de instancia, el problema jurídico a resolver era si procedía la acción de tutela, pese a no haberse presentado en debida forma los recursos

correspondientes contra las decisiones del 31 de mayo y 17 de agosto. Por esta razón, el Tribunal analizó la procedencia de la acción de tutela contra actuaciones específicas en el proceso penal y estableció que dicha acción es de carácter residual y subsidiario y no procede cuando existen otros medios de defensa, como sucede en el caso objeto de estudio. A juicio de la Sala, si el accionante no compartía las decisiones adoptadas por el juzgado, debía sustentar los recursos de reposición y apelación oportunamente pues “es al interior del proceso penal correspondiente donde deben resolverse los aspectos planteados por el libelista, so pena de que el Juez Constitucional, en este caso la Sala, invada a través de su pronunciamiento aspectos que son de la órbita exclusiva del juez”[19].

En consideración a lo anterior, la Sala decidió negar por improcedente la acción de tutela, comoquiera que el accionante contaba con mecanismos legales para controvertir las decisiones expedidas dentro del proceso. Sobre la solicitud del accionante de compulsar copias a las autoridades correspondientes, debido a que habrían incurrido en negación de la jurisdicción especial indígena, la Sala decidió dejar a la liberalidad del actor la decisión de dirigirse a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, para que resolviera su pretensión[20].

- Impugnación

El accionante interpuso impugnación contra la sentencia de primera instancia, el 28 de septiembre de 2011. Señaló, respecto del argumento según el cual los recursos no fueron interpuestos y sustentados en tiempo, que ello se debe al “desconocimiento [que tiene] de las formas propias de la justicia ordinaria”[21]. Resaltó que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para salvaguardar los derechos de los pueblos indígenas; y que la formulación del problema jurídico planteada por el Tribunal era errónea, por cuanto la solución a la acción no radica en la forma como se surtieron los trámites dentro del proceso penal, sino en la vulneración de los derechos fundamentales de un indígena y, por extensión, de su comunidad. Por lo anterior, solicitó revocar el fallo de primera instancia y tutelar los derechos fundamentales del señor Jaime Chiguasuque Neuta.

- Fallo de segunda instancia

En segunda instancia conoció de la acción la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión de primera instancia, en sentencia del 3 de noviembre de

2011.

La Sala estableció que por dirigirse la acción contra una providencia judicial, debía verificar su procedencia. Concluyó, que no se reunían los requisitos, debido a que la tutela se dirigía a discutir un asunto que debió ventilarse por los medios ordinarios de defensa. Advirtió que el accionante no sustentó el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 31 de mayo de 2011 y que el recurso de reposición fue presentado de forma extemporánea. Además, señaló que contra el auto del 17 de agosto de 2011, que resolvió la petición de traslado del señor Chiguasuque Neuta, no se interpuso ningún recurso. Por lo anterior, estimó que la negligencia del actor no podía ser subsanada mediante acción de tutela[22].

Con base en los anteriores argumentos, la Sala resolvió negar el amparo invocado y confirmar la sentencia de primera instancia.

III. ACTUACIONES SURTIDAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 17 de abril de 2012, el Magistrado Sustanciador Humberto Sierra Porto solicitó: i) al Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasuga con sede en Soacha, copia del expediente correspondiente al proceso penal surtido contra el accionante; e información sobre si se encontraba cumpliendo la pena privativa de la libertad; ii) a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior, que informara si la Comunidad Indígena Muisca de Bosa había sido reconocida y aparecía registrada en esa dependencia; y iii) al Instituto Distrital de Participación y Acción Comunal - IDPAC, que informara si las autoridades tradicionales del Cabildo Indígena Muisca de Bosa aparecían registradas en esa dependencia.

Las autoridades allegaron la siguiente documentación:

- Oficio remitido por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, en el que se hace constar que “consultadas las bases de datos institucionales de autoridades y/o cabildos indígenas de esta dirección, se encuentra registrado el señor HENRY MAURICIO NEUTA ZABALA, identificado con cédula de ciudadanía número 79.714.909 expedida en Bogotá, como Gobernador del CABILDO INDÍGENA de la Comunidad Muisca de Bosa”[23].

- Oficio remitido por el Gerente de Etnias del Instituto Distrital de Participación y Acción Comunal - IDPAC, en el que señala que “las autoridades tradicionales del cabildo indígena Muisca de Bosa no aparecen registradas” en el Instituto, pero que, desde el IDPAC “se desarrollan acompañamientos, asesorías, apoyos y fortalecimiento a todas las Etnias residentes en Bogotá (...) entre las cuales se encuentra como beneficiaria el cabildo indígena Muisca de Bosa”[24].
- Expediente distinguido con el consecutivo 25920 31 04 0012006 00213 00, correspondiente al proceso penal adelantado contra el señor Jaime Chiguasuque Neuta.
- Comunicación remitida por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha el 26 de abril de 2012, mediante la cual informa que por auto del 27 de octubre de 2011, se concedió al señor Chiguasuque Neuta el beneficio de la libertad condicional.

Mediante auto 017-A de 2013, la Sala Octava de Revisión declaró la nulidad de todas las actuaciones surtidas en el presente proceso de tutela a partir del auto de selección y reparto de los expedientes, proferido el 14 de diciembre de 2011 por la Sala de Selección Número 12. A su turno, solicitó al Magistrado que preside la Sala Octava de Revisión en el momento de la notificación del citado proveído, la reiniciación del proceso de revisión del proceso de la referencia, previa vinculación y notificación del Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, así como a todas aquellas personas naturales y jurídicas que puedan resultar responsables por la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados por Henry Mauricio Neuta, como agente oficioso de Jaime Chiguasuque Neuta.

Así las cosas, ante la indebida integración del contradictorio, el Magistrado Sustanciador Alberto Rojas Ríos mediante auto de 01 de octubre de los corrientes corrió traslado del expediente de la referencia al Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá para que se pronunciara acerca de las pretensiones y del problema jurídico que plantea esta acción de tutela.

Mediante oficio no. 2548 de 15 de octubre de 2013, dicho Juzgado se pronunció sobre la acción de tutela de la referencia para indicar la improcedencia de la misma por cuanto no se cumple el requisito de subsidiariedad, el amparo “no puede emplearse como un medio para revivir etapas y oportunidades procesales fenecidas que se dejaron pasar en silencio o

que por el hecho de ser contrarias al interés de la parte no son violatorias del derecho al debido proceso”.

Adujo que no existe violación del principio de non bis in ídem puesto que la sentencia condenatoria preferida por su Despacho data del 16 de octubre de 2009, mientras que el proceso que al interior de la comunidad indígena se llevó a cabo, sólo se da a conocer en el derecho de petición de 23 de mayo de 2011 presentado ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha y en la solicitud de 10 de agosto de esa anualidad. Así, la sanción penal se proveyó sólo a partir del conocimiento que estaba siendo procesado en la jurisdicción ordinaria.

De otro lado, manifiesta el Juez César Augusto Intriago Romero que el accionante Chiguasuque Neuta aceptó la competencia de la jurisdicción ordinaria, “pues nunca se alegó dentro del proceso penal dicha identidad cultural como factor determinante para remitir el caso a la jurisdicción de su comunidad”. (...) “Tampoco se vislumbra violación al debido proceso, por la potísima razón que nunca fue alegada por la defensa dentro del proceso penal la condición de indígena para soportar el cambio de jurisdicción, o tan siquiera para aplicar la excepción por diversidad etnocultural”.

Finalmente, estima el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá que el caso corresponde a la justicia ordinaria debido a que el accionante tuvo una educación “occidental”, todos sus estudios los hizo en la escuela distrital “San Bernardino”, ubicada en Bogotá D.C., en la localidad de Bosa y estudió mecánica en el SENA. Además, la conducta punible escapa de la órbita cultural de la comunidad ya que se realizó lejos del territorio ancestral y cuyas víctimas fueron personas comunes de este municipio de Fusagasugá.

IV. CONSIDERACIONES

Competencia

Esta Sala es competente para revisar las providencias proferidas en el trámite de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, decisiones seleccionadas para revisión mediante auto del 14 de diciembre de 2011 en la Sala de Selección Número Doce.

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

En esta oportunidad la Sala conoce el caso de un indígena del Pueblo Muisca de Bosa, acusado de hurto y porte ilegal de armas, quien fue presuntamente juzgado y condenado dos veces por los mismos hechos, la primera, por la jurisdicción especial indígena, y la segunda, por la jurisdicción penal ordinaria.

Corresponde a esta Corporación resolver los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Las decisiones proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá y por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá desconocieron la jurisdicción especial indígena, el fuero especial indígena y el debido proceso del accionante? y ii) ¿En la reclusión del accionante el juzgado accionado valoró la condición de indígena para recluirlo en una instalación especial?

Para dar respuesta esta pregunta, la Sala Octava de Revisión, se referirá a continuación a: i) el alcance de la jurisdicción especial indígena; ii) al derecho fundamental de debido proceso, haciendo énfasis en los principios de juez natural y non bis in ídem; y iii) finalmente abordará el análisis del caso en concreto de acuerdo al problema jurídico planteado.

Considerando que durante el trámite de la acción de tutela, el juez de primera instancia señaló que “la privación de la libertad del señor JAIME CHIGUASUQUE NEUTA, no habilita[ba] per se al señor HENRY MAURICIO NEUTA, Gobernador del Cabildo indígena al cual éste pertenece, para presentar la tutela a su favor”, esta Sala se referirá en primer lugar, a la legitimación que asistía al Gobernador indígena, para interponer la acción de tutela en representación de los intereses del señor Chiguasuque Neuta y de la comunidad muisca de Bosa, como titular del derecho a la jurisdicción especial indígena.

Legitimación de los dirigentes indígenas para invocar el amparo de los derechos de los miembros de sus comunidades

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido especialmente la posibilidad de que los derechos fundamentales de las personas indígenas o las comunidades indígenas sean defendidos por terceros, por ejemplo, en sentencia T-342 de 1994 consideró que dos ciudadanos estaban legitimados para interponer una acción de tutela en representación de

los indígenas Nukak-Maku, contra la Asociación Nuevas Tribus de Colombia, por considerar que los estaba “aculturizando”. En sentencia T-113 de 2009, señaló que la madre de un indígena que fue convocado a prestar servicio militar, estaba legitimada para interponer una acción de tutela en su nombre. Posteriormente, en sentencia T-669 de 2011 la Corte estableció que la hija de un indígena kankuamo de 62 años de edad, estaba facultada para interponer una acción de tutela en su nombre, debido al estado de debilidad manifiesta en el cual se encontraba su padre, teniendo en cuenta sus quebrantos de salud y que se encontraba privado de la libertad.

En ese sentido, con mayor razón cuando la acción de tutela es interpuesta por las propias autoridades de la comunidad indígena se tiene legitimación por activa para interponer la acción de tutela a favor de sus propios miembros, toda vez que un presunto desconocimiento del fuero y de la jurisdicción especial indígena, atenta no solo contra los derechos y garantías establecidas en cabeza de los miembros de los pueblos indígenas, sino también contra las garantías consagradas a favor de las comunidades indígenas como colectividades reconocidas por la Constitución Política.

Alcance de la jurisdicción especial indígena

De acuerdo con el artículo 7º de la Constitución, uno de los principios fundamentales del Estado colombiano es el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. 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”[29]. En desarrollo de este principio, la propia Constitución 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 Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas[30], establece los estándares mínimos en relación con la garantía de los derechos de estos pueblos alrededor del mundo y constituye un criterio de interpretación en nuestro sistema jurídico, señala[31]:

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 propia de los pueblos indígenas, en consonancia con los tratados internacionales sobre la materia, constituye un paso de gran importancia. 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”[32]. En sentido contrario, la nueva Carta Política, en desarrollo del principio de pluralismo y diversidad cultural, persigue la reafirmación de la identidad indígena y adopta disposiciones concretas orientadas a ello.

Debido al reconocimiento constitucional a 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[33]:

- 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.
- 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”[34].

El reconocimiento de una jurisdicción indígena, implica además reafirmar la existencia de un poder de configuración normativa en cabeza de los pueblos indígenas, mediante el cual se desplaza a la legislación nacional en materia de competencia orgánica, normas sustantivas aplicables y procedimientos de juzgamiento, y se da prevalencia al derecho de estos pueblos de asumir el manejo de sus asuntos “como manera de afirmación de su identidad”[35].

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, por cuenta de su pertenencia a una comunidad[36].

Como instrumento de protección de la diversidad, la jurisdicción indígena pretende

avanzar en el reconocimiento de las autoridades tradicionales y los espacios en que se tramitan las diferencias, bajo tres premisas, que han sido formuladas a manera de principios[37]:

a. Principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas: Indica que solo de manera excepcional se pueden imponer restricciones a la autonomía de los pueblos indígenas y que estas 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”[38].

b. Principio de mayor autonomía para la decisión de conflictos internos: De acuerdo con este principio, “la autonomía de las comunidades debe ser respetada en mayor medida cuando el problema que examina el juez constitucional involucra miembros de una misma comunidad. En caso contrario, es decir cuando un conflicto compromete dos o más culturas diferentes, el juez constitucional deberá orientar su razonamiento hacia la armonización de los principios definitorios de cuantas culturas se encuentren en tensión”[39].

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”[40], 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”[41].

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, sobre su visita a Colombia[42], señaló que en Colombia “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 de este derecho. El Relator instó a las partes involucradas a prestar atención al desconocimiento de la jurisdicción y al hecho de que no se han implementado los mecanismos para coordinar adecuadamente las dos jurisdicciones.

Por otra parte, la jurisdicción indígena es un fuero especial, reservado a determinados individuos[43], cuyos casos pueden ser conocidos por esa jurisdicción. Al respecto, la Corte Constitucional ha identificado tradicionalmente que, para que un individuo pueda ser sujeto de esta jurisdicción, se requieren dos elementos esenciales[44]:

- i. Un elemento personal: Que implica que el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres; y
- ii. Un elemento geográfico: Que significa que cada comunidad debe poder juzgar los hechos que suceden en su territorio, de acuerdo a sus propias normas[45].

De este modo, las autoridades de los pueblos indígenas son el juez natural de los delitos cometidos por sus asociados, siempre que se trate, en efecto, de un miembro de la comunidad indígena y los hechos hayan ocurrido dentro de su territorio, atendiendo a una concepción amplia de este concepto[46].

Al respecto en sentencia T-728 de 2002, esta Corporación estableció 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”.

En ese orden de ideas, en tanto el fuero resulta una concreción del principio de diversidad étnica y cultural, y una garantía derivada del principio constitucional del pluralismo jurídico –artículo 2° de la Constitución, en reciente jurisprudencia la Corte ha añadido otros elementos adicionales[47] para solucionar tensiones en casos relacionados con la integridad étnica y la diversidad cultural, así como para marcar límites a la autonomía de las comunidades indígenas, 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, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Como principio de decisión es posible concluir que la existencia de fuero indígena, que autorice el ejercicio de jurisdicción por parte de las autoridades de una determinada comunidad indígena, la jurisprudencia constitucional ha establecido que no basta con acreditar que se trata de un indígena, para afirmar que se tiene derecho al fuero especial, pues esta persona tiene que pertenecer efectivamente a una comunidad, deben existir en ella unas autoridades tradicionales institucionales con capacidad de impartir justicia en su territorio, unas circunstancias geográficas en los hechos del caso y una verificación de la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria.

Habida cuenta que se trata de la aplicación de mecanismos de solución de conflictos por comunidades con cosmovisiones distintas a la mayoritaria, las anteriores exigencias no son taxativas, antes bien, pueden ser matizadas dependiendo de cada caso concreto. Así “puede acreditarse la existencia de una autoridad que ejerza funciones tradicionales en un ámbito territorial determinado, que no haya sido, sin embargo, oficialmente

reconocida”[48], o 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”[49].

Finalmente, cabe destacar que el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena y en consecuencia del fuero especial a los individuos pertenecientes a estos pueblos, es un derecho que 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”, o no puede ser utilizada como una herramienta de impunidad[50].

El derecho al debido proceso: Los principios de juez natural y non bis in ídem

El debido proceso es un principio de acuerdo al cual toda persona tiene derecho a unas garantías procesales mínimas, en el marco de las actuaciones judiciales y administrativas. De acuerdo con el artículo 29 constitucional y, en relación con el asunto que nos ocupa, implica i) que nadie puede ser juzgado “sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente” y, ii) que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se referirá la Corte a estos asuntos:

- El derecho a ser juzgado por un Tribunal competente (juez natural)

La garantía del debido proceso, según la cual nadie puede ser juzgado sino por un tribunal competente, está relacionada con las competencias orgánicas establecidas por la Constitución, de tal suerte que “un juez es competente cuando le corresponde el conocimiento de un proceso con prescindencia de los demás que ejerzan igual jurisdicción”[51].

Ahora bien, puede suceder que dos jueces de distinta jurisdicción, por ejemplo uno de la justicia penal militar y otro de la justicia ordinaria, o uno de la jurisdicción especial indígena y otro de la ordinaria, entiendan que tienen igual competencia respecto de un caso. Por

esa razón, la Constitución estableció en su artículo 256.6, que corresponde al Consejo Superior de la Judicatura “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”, de tal suerte que, en caso de duda o en caso de que dos jueces reclamen su competencia sobre un mismo asunto, existe una instancia competente y encargada de dirimir la controversia y radicar definitivamente el asunto en cabeza de un determinado juez.

En este orden de ideas, cuando dos instancias reclaman su jurisdicción, es imperativo remitir el asunto al Consejo Superior de la Judicatura, para que resuelva la controversia. En este sentido ha señalado la Corte Constitucional:

De lo contrario, es decir, de suscitarse un conflicto de competencias y no acudir al Consejo Superior de la Judicatura, existe una violación al derecho al debido proceso y a ser juzgado por el juez natural[53].

- Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in ídem)

15.- Este principio de rango constitucional se encuentra reconocido en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Colombia el 29 de octubre de 1969, a cuyo tenor:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Constitución Política, se sigue también el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho o principio de non bis in ídem. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación[54], este principio implica la prohibición de:

- i. Investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un delito por el cual ya había sido juzgada en un proceso penal anterior terminado;
- ii. Investigar, acusar, enjuiciar o sancionar penalmente a una persona por un hecho por el cual ya había sido absuelta por una sentencia en firme;

iii. Penar a una persona por un hecho por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme; y,

iv. Agravar la pena imponible a un comportamiento delictivo, en virtud de una circunstancia que ya fue tomada en cuenta como elemento constitutivo del tipo penal.

La primera prohibición hace referencia a que no se puede acusar, enjuiciar y sancionar, cuando existe identidad de objeto, sujeto y causa. Este principio se configura en desarrollo del artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según el cual “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

Ahora bien, ello no ocurre cuando una misma conducta puede acarrear sanciones previstas en diferentes ordenamientos, por ejemplo, cuando una misma conducta puede constituir un delito, una contravención y/o una falta disciplinaria, sino cuando se siguen procesos judiciales por los mismos hechos y contra los mismos sujetos.

La segunda prohibición se refiere a que no se puede adelantar una nueva investigación o someter a un nuevo juicio a una persona que ya había sido absuelta mediante una decisión judicial en firme, por los mismos hechos. Este principio ha sido enunciado por la jurisprudencia constitucional, en desarrollo del artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con el cual “el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”. Al respecto, de acuerdo con la Corte Constitucional:

“En este caso, la prohibición no está restringida a la hipótesis de que una persona hubiera sido condenada o absuelta por el mismo delito, sino que impide que se adelante una nueva investigación o que se someta a un nuevo enjuiciamiento a una persona, que ya había sido absuelta por una decisión judicial en firme, por el mismo hecho. Un ejemplo de violación de esta garantía aparece enunciado en el caso *Loayza Tamayo v. Perú*, decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En esa oportunidad se enfrentaba a la acusación planteada contra el Estado peruano, por haber supuestamente violado el principio *non bis in ídem* de una persona que, primero había sido procesada y absuelta por un tribunal militar peruano por el delito de traición a la patria, y luego fue condenada por un

tribunal ordinario por el delito de terrorismo, no obstante que en ambos procesos se partía de los mismos hechos (la participación de la procesada en actividades relacionadas con la política del Partido Comunista del Perú- Sendero Luminoso). La Corte Interamericana no sólo advirtió que la expresión “los mismos hechos”, empleada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituía una protección más amplia de la víctima, sino que además consideró que si una misma conducta podía ser comprendida ‘indistintamente’ dentro la descripción de uno y otro tipo penal (traición a la patria y terrorismo), la administración de justicia agotaba su competencia al procesarla por uno de ellos, pues una vez absuelta no podía luego procesarla por el otro”[55].

Finalmente, el principio de non bis in ídem, prohíbe agravar la pena que se impone a un sujeto, cuando la circunstancia de agravación fue tomada en cuenta para constituir el tipo penal, de modo que un mismo factor no puede ser considerado elemento integrante de un tipo penal, y al mismo tiempo circunstancia agravante del delito.

Respecto de la segunda prohibición, esta Corporación en sentencia T-266 de 1999, conoció del caso de un indígena Arhuaco que fue juzgado en 1988 por su comunidad, debido a su presunta responsabilidad en la inducción al suicidio de su cónyuge.

En dicho caso esta Corporación estimó que “la consagración constitucional de la jurisdicción especial indígena tuvo lugar en la Carta de 1991 y, por tanto, no puede reconocer esta Sala que la decisión adoptada por los Mamos en 1988, sobre la responsabilidad penal de Suárez Álvarez en la muerte de quien fuera su cónyuge, es una sentencia judicial en firme”. En este sentido, señaló la Sala de Revisión que la decisión no fue adoptada por autoridades a las que se les hubiese asignado jurisdicción y competencia, pues esta se reconoce a partir de 1991, de modo que no se configuró el desconocimiento del principio de non bis in ídem, por cuanto, no había una sentencia en firme que excluyera un juicio posterior.

Sin embargo, encontró la Corte que lo adecuado en este caso, pese a no configurarse el desconocimiento del citado principio, no era juzgar y condenar al indígena por fuera de su jurisdicción, por lo que ordenó declarar nulo el proceso penal adelantado y ordenar que el expediente fuese entregado a los Mamos para que ellos “como las autoridades judiciales competentes que son, resuelvan de acuerdo con las normas propias de su pueblo”[57].

Con base en las consideraciones antes realizadas, la Sala entrará a dar respuesta al caso

ahora planteado.

Análisis del caso concreto

En la presente sentencia la Sala Octava conoce del caso de Jaime Chiguasuque Neuta, indígena perteneciente a la comunidad Muisca de Bosa que fue juzgado y condenado por la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción penal ordinaria, con base en los mismos hechos. Por esta razón, el Gobernador del Cabildo indígena, actuando como agente oficioso, interpuso una acción de tutela en defensa de los derechos e intereses de la comunidad indígena y del condenado.

A continuación se presenta un resumen de los hechos del caso:

- El 20 de marzo de 2003 se llevó a cabo un hurto en la finca “Mirolindo”, ubicada en la zona rural del municipio de Fusagasugá (Cundinamarca). Al día siguiente se capturó en flagrancia al accionante y a cinco personas más, en los momentos en que descargaban y almacenaban en su casa, los elementos materia del hurto.
- El 22 de marzo de 2003, la Fiscalía Tercera Seccional de Fusagasuga, inició apertura de instrucción penal y diligencia de indagatoria, en la cual, el actor nombró defensor judicial, e indicó que cursó estudios en la escuela Distrital de San Bernandino y posteriormente adelantó estudios de mecánica en el SENA.
- El 16 de octubre de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, profiere, en contra del accionante, sentencia condenatoria a 20 meses de prisión, por el delito de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas. Fallo que fue confirmado en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante sentencia del 1 de febrero de 2011.
- El actor pertenece al resguardo Muisca de Bosa, por lo que ostenta la calidad de miembro de una tribu indígena. En virtud de los hechos anteriormente expuestos, esta comunidad inició su propia investigación, y castigó al actor en asamblea de juzgamiento, a 10 años de trabajo comunitario (acta No. 76 del 1 de octubre de 2003).
- El 31 de mayo de 2011, encontrándose ejecutoriada la sentencia condenatoria, el juzgado accionado dio respuesta negativa a la petición anteriormente enunciada. Indicó que

admitir de manera extemporánea el conflicto de jurisdicciones, repercutiría en la oportunidad y eficacia de la administración de justicia. Adicionalmente, informó que contra esta providencia, procedían los recursos de reposición y apelación.

- El 21 de junio de 2011, venció el término para la sustentación del recurso de apelación, sin que ésta se hubiera llevado a cabo. De otra parte, el 6 de julio de esa misma anualidad, fue presentado en forma extemporánea el recurso de reposición frente a la decisión del 31 de mayo.

- El 10 de agosto de 2011, el Gobernador del Cabildo indígena, radicó ante el juzgado accionado, un escrito con el fin de solicitar que el ahora accionante, fuera trasladado a un lugar de reclusión que le permitiera preservar su identidad cultural y se ubicara en el interior de la comunidad indígena.

- Como respuesta a la anterior solicitud, el 17 de agosto de 2011, el juzgado demandado requirió al director del Centro Penitenciario y Carcelario de Fusagasugá, para que en coordinación con el Director General del INPEC, estudiaran la posibilidad de trasladar al señor Chiguasque a una instalación de carácter especial, que fuera proveída por el Estado, y que permitiera garantizar lo solicitado por el Gobernador. Señaló además, que no se podía afirmar que el actor haya sido doblemente castigado, porque los fines de la justicia indígena son diferentes a los de la justicia ordinaria.

En primer lugar, es importante indicar que en las sentencias de instancia se negó el amparo solicitado señalando que la acción de tutela es improcedente contra providencias judiciales, cuando se pretende revivir discusiones que se dieron en procesos ordinarios o cuando, por negligencia del actor, no se agotaron los recursos establecidos. Al respecto, encuentra la Corte que la acción de tutela no se dirige contra esa decisión, sino contra el grueso de la actuación de las autoridades involucradas, quienes, una vez tuvieron conocimiento del presunto fuero que asistía al accionante y del hecho de que éste había sido condenado en su jurisdicción, desconocieron esta situación y no activaron el conflicto de competencia ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Ahora bien, respecto de la procedencia de la acción, esta Sala estima necesario recordar que las autoridades indígenas tienen legitimidad para invocar el amparo de los derechos fundamentales de los miembros de su comunidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que en

primera instancia el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cundinamarca –Sala Penal– solicitó al señor Henry Mauricio Neuta, que allegara documentos orientados a certificar su calidad de representante del accionante para así reconocer su legitimidad al interponer la acción.

Si bien, el señor Chiguasuque Neuta, allegó comunicación manifestando que autorizaba al Gobernador Indígena a actuar en su nombre, estima la Corte necesario señalar que, aún cuando esta comunicación no se hubiese hecho llegar, el gobernador Henry Mauricio Neuta contaba con legitimación activa para interponer la acción de tutela. Más aún, si se tiene en cuenta que el presunto desconocimiento del fuero que le asiste al accionante, no atenta solamente contra sus derechos como individuo, sino también contra las garantías establecidas en favor de los pueblos indígenas como colectividades en este caso, específicamente, el reconocimiento a su jurisdicción.

Establecido lo anterior, resta dilucidar si conforme a los hechos del caso y las consideraciones presentadas en esta providencia, las decisiones proferidas por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá y por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá desconocieron la jurisdicción especial indígena, el fuero especial indígena, el debido proceso y el principio de non bis in ídem del accionante. Para ello, pasará la Corte como guardiana de la Constitución y de los derechos fundamentales del ciudadano a resolver el conflicto de competencias desatado entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena.

Derecho fundamental a la jurisdicción y fuero indígena

Constitucionalmente, la facultad de resolver un conflicto competencial está reservada al Consejo Superior de la Judicatura. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que, en los casos en que “llega a conocimiento del juez de tutela la petición de amparo del derecho al debido proceso de un indígena que fue juzgado por la jurisdicción penal ordinaria, sin que se le haya garantizado el derecho a que la autoridad competente le definiera si estaba protegido o no por el fuero indígena”[58], el juez tiene dos opciones: la primera, tutelar el derecho al debido proceso, anular todo lo actuado, remitir el expediente a la autoridad encargada de dirimir el conflicto de competencia y ordenar el reinicio de la investigación. Esta opción garantiza el derecho al debido proceso y respeta las funciones del Consejo

Superior de la Judicatura.

No obstante, esta Corporación se ha preguntado “¿Qué sucede si el Consejo Superior de la Judicatura encuentra que la autoridad competente para juzgar al indígena sí era, efectivamente, la jurisdicción penal ordinaria, en cuanto en ese caso específico no concurren los requisitos del fuero indígena? Se infiere que la decisión del juez constitucional de anular todo lo actuado traerá como consecuencias que el sistema judicial nacional deba adelantar nuevamente el proceso penal, con el impacto que produzca en la oportunidad y eficiencia de la administración de justicia, más los costos adicionales en que deba incurrir el indígena en su defensa y la sociedad en el juzgamiento”[59].

Una segunda opción, es entonces, que el juez de tutela, en este caso la Corte Constitucional, pase a verificar si concurren los elementos que permiten afirmar la existencia del fuero especial indígena. De ser así, debe proceder a tutelar los derechos al debido proceso y a la jurisdicción especial indígena. De no ser procedente el reconocimiento del fuero, debe confirmar las decisiones proferidas por los jueces ordinarios.

En consideración a lo anterior, esta Sala, aplicará la segunda opción y verificará a continuación, si se cumplen los requisitos del fuero indígena en el caso del señor Chiguasuque Neuta. Ello, porque “es menor el sacrificio funcional que esta decisión reporta frente a las consecuencias negativas que se causan al sistema judicial cuando debe recorrer nuevamente todo el camino procesal que la decisión del juez constitucional le ha borrado”[60].

Al respecto, a la luz de los criterios planteados en la parte considerativa de esta sentencia, establecidos por la Corte para que aplique o no el fuero indígena, lo primero que encuentra la Sala es que el señor Chiguasuque Neuta es en efecto miembro de la comunidad indígena Muisca de Bosa; a su vez, la comunidad indígena tiene autoridades tradicionales que ejercen una función social en su comunidad, y se rigen por un sistema jurídico propio.

Adicionalmente, se tiene que la comunidad Muisca de Bosa ejerce su jurisdicción en un territorio determinado en el que vive y desarrolla sus actividades el accionado y, finalmente, que el orden jurídico de la comunidad no contraría la Constitución ni la ley. Por lo anterior, encuentra la Sala cumplido el elemento personal e institucional del fuero indígena.

Ahora bien, no sucede lo mismo al analizar detenidamente el requisito geográfico o territorial, pues el delito por el cual se juzgó y condenó al accionante - hurto agravado y calificado en concurso con porte ilegal de armas- se consumó en un lugar distinto al territorio del cabildo indígena de Bosa, esto es, en la finca "Mirolindo" en territorio del municipio de Fusagasuga (Cundinamarca), lo cual no es discutido por ninguna de las partes del proceso penal o de tutela. Por lo que en principio el señor Chiguasuque Neuta no sería sujeto de la jurisdicción especial indígena.

No obstante, en aplicación de una interpretación garantista, basada en criterios de justicia material que tengan una base distinta a la mera formalidad, la jurisprudencia constitucional señala que, no basta con que el delito se cometa fuera de la comunidad para que se niegue el derecho a ser juzgado por la jurisdicción especial indígena. Es decir, cuando no se encuentra cumplido el requisito geográfico, corresponde al juez analizar "la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos"[61].

Además, es de valorar por parte del juez de tutela en un caso que implique cabildos indígenas urbanos como el que se presenta, que el elemento territorial del fuero especial se debe flexibilizar por cuanto los límites territoriales son imprecisos ya que no se encuentran definidos con exactitud como quiera que el crecimiento de las ciudades extinguió sus antiguas delimitaciones.

Así las cosas, según la situación particular del accionante, se tiene que el señor Chiguasuque Neuta, al pertenecer al cabildo indígena de Bosa, no vive en un grado de aislamiento que le haya impedido comprender el componente ilícito de su actuación y que, por tanto, sería el fundamento que justifique su juzgamiento por parte de la comunidad. En otras palabras, es una persona capaz de entender la ilegalidad de su conducta, esta es, un hurto planeado, en el que se utilizaron armas de fuego y cometido en asocio con más de cinco personas externas a la comunidad indígena, en un municipio distinto a aquel en el cual se ubica el cabildo y contra persona que no hace parte de la comunidad.

En efecto, en respuesta del Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá a la acción de tutela

de la referencia, consta del tutelante que no se encuentra en condiciones de aislamiento: “se destaca que en los interrogatorios dio cuenta de una educación “occidental”, todos sus estudios primarios los hizo en la escuela distrital “San Bernardino”, ubicada en Bogotá D.C., en la localidad de Bosa y estudió mecánica en el SENA, a más de tener libreta militar y otros aspectos que permiten advertir que se encuentra incorporado a ambientes urbanos”[62].

Adicionalmente, de acuerdo con el testimonio de la víctima de los hechos punibles y los resultados del proceso penal, se vislumbra que Chiguasuque Neuta no sólo permitió la descarga de lo hurtado, sino que además, participó en el robo[63]. Por lo anterior, tampoco es posible hacer una excepción al requisito geográfico o territorial para afirmar que al accionante le asiste un fuero especial.

Por lo anterior, considera la Sala que no se cumple con el elemento territorial o geográfico del fuero especial indígena.

Finalmente, encuentra la Corte, en lo que se refiere al elemento objetivo, cuyo alcance fue definido en la parte considerativa de esta sentencia, que el bien jurídico tutelado no fue afectado en desarrollo de la vida cultural o del ejercicio de tradiciones por parte de la comunidad, lo que deja ver que no existe una relación entre el hurto de unos bienes y el pluralismo étnico protegido por la Constitución, lo que descarta cualquier fundamento para la aplicación del fuero indígena en este caso. Adicionalmente, el titular del bien jurídico afectado o la víctima de los hechos no tiene relación alguna con la comunidad indígena, lo que permite afirmar que pertenece a la cultura mayoritaria, máxime al tratarse de delitos como hurto calificado y agravado y porte ilegal de armas.

Por todo lo anterior, la Sala revocará el fallo de segunda instancia proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmaba la decisión que declaraba improcedente la acción de tutela y, en su lugar, negará el amparo de los derechos invocados por el accionante a la jurisdicción especial indígena y a la diversidad étnica y cultural por considerar en el caso que ahora se analiza que el señor Chiguasuque Neuta, no reúne los elementos geográfico y objetivo definidos por la jurisprudencia constitucional para ser juzgado por la Jurisdicción Especial Indígena.

Como consecuencia de lo anterior, ya que el Cabildo Indígena Muisca de Bosa se abrogó

apresuradamente una competencia inexistente para juzgar al comunero Jaime Chiguasuque Neuta, la Sala decretará la nulidad de la condena proferida por la jurisdicción especial indígena.

No obstante, haberse descartado que las decisiones proferidas por las autoridades judiciales involucradas en el proceso contra Chiguasuque Neuta no desconocieron el fuero indígena, procede la Sala a determinar si en el caso en concreto existió vulneración del derecho fundamental al debido proceso y al principio de non bis in ídem por parte de dichas autoridades jurisdiccionales, en tanto presuntamente, no tramitaron adecuadamente un incidente de conflicto de competencias planteado durante el proceso ordinario.

Por lo anterior, se negará la protección al derecho a la jurisdicción especial indígena habida cuenta que el accionante no reúne todos los elementos desarrollados por la jurisprudencia constitucional constitutivos de fuero especial indígena.

Derecho fundamental al debido proceso

El principio de non bis in ídem corresponde a una garantía dentro de la más amplia noción del derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, al establecer en la parte final de su inciso 4° el derecho a “no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”.

Dicho postulado que se encuentra legalmente desarrollado en el artículo 8° del Código Penal o Ley 599 de 2000, con carácter de norma rectora, prohíbe la doble incriminación, íntimamente articulada con el principio de la cosa juzgada, consagrado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal o Ley 906 de 2004, ya que la prohibición de imputar más de una vez la misma conducta punible implica la imposibilidad de someter a nuevo juicio a quien le ha sido resuelta su situación jurídica de manera definitiva.

En efecto, este principio también se encuentra reconocido en la normatividad internacional que conforma el bloque de constitucionalidad; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York, dispone en el numeral 7° de su artículo 14:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada

país”.

Con el anterior fundamento constitucional, observa la Corte que en este caso se violó el derecho fundamental al debido proceso por vulneración al principio de non bis in ídem del accionante, toda vez que al momento de quedar en firme la condena en el proceso ordinario concurren a la vez dos fallos y sanciones jurisdiccionales diferentes en relación con el mismo sujeto, el mismo objeto y la misma causa.

Para definir los supuestos de aplicación del principio non bis in ídem la Corte Constitucional ha señalado que deben concurrir tres identidades. Así, la sentencia C-244 de 1996 estableció que este principio, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones y sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación:

“La identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.

La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos”[64].

Por su parte, en criterio de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia existen las tres mismas identidades para la aplicación del principio de non bis in ídem:

“El principio non bis in ídem precisa de tres presupuestos de identidad: En el sujeto (eadem personae), el objeto (eadem res) y la causa (eadem causa). El primero exige que el mismo individuo sea inculcado en dos o más actuaciones; el segundo, la identidad de objeto, requiere que el factum motivo de imputación sea igual, aún si el nomen iuris es diverso; y el tercero, la identidad en la causa, postula que la génesis de los dos o más diligenciamientos sea la misma”[65].

En otra oportunidad, esta máxima Corporación de la jurisdicción penal ordinaria consideró que el principio de non bis in ídem comprende varias hipótesis:

“Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o

múltiple incriminación.

Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.

Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.

Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina *non bis in idem material*”[66]

En el caso sub examine, se tiene por cierto que el 16 de octubre de 2009, el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, profirió en contra del accionante, sentencia condenatoria a 20 meses de prisión, por el delito de hurto calificado y agravado en concurso con porte ilegal de armas. Dicho fallo fue confirmado en segunda instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante sentencia del 1 de febrero de 2011. Por su parte, con anterioridad a ello, también existe una condena de las autoridades indígenas del Cabildo Muisca de Bosa, por el mismo objeto y por la misma causa. En efecto, el 1º de octubre de 2003 en asamblea de juzgamiento, el accionante Chiguasuque Neuta fue castigado mediante acta No. 76 del 01 de octubre de 2003 a 10 años de trabajo comunitario, tiempo durante el cual le fue prohibido salir del territorio indígena, so pena de ser excluido del censo poblacional del resguardo.

De lo anterior, concluye la Sala que el señor Chiguasuque Neuta en su calidad probada de indígena, resultó incriminado en dos procesos jurisdiccionales distintos que se surtieron en su contra por los mismos hechos ocurridos en la finca “Morolindo” el 20 de marzo de 2003, los cuales además, llevaron a una doble iniciación jurisdiccional por idéntica motivaron fáctica. Lo anterior, demuestra que el accionante fue juzgado y penado nuevamente por una conducta respecto de la cual ya había sido condenado con anterioridad en la

jurisdicción especial indígena.

Para el Profesor Manuel Jaén Vallejo el principio de *non bis in ídem* “no sólo tiene incidencia en el derecho penal material, sino también en el derecho procesal penal. Es decir, se debe distinguir entre la dimensión sustantiva (nadie puede ser penado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente), y la dimensión procesal (nadie puede ser juzgado de nuevo por una infracción por la cual ya ha sido absuelto o condenado definitivamente)”. Dice al respecto que según BACIGALUPO “no sólo se vulnera este principio sancionando al autor más de una vez por el mismo hecho, sino también cuando se lo juzga por el mismo hecho en más de una oportunidad”[67].

Por consiguiente, esta Sala reconoce que así una de las condenas no sea considerada válida legal y constitucionalmente por carencia de legitimidad de la jurisdicción especial indígena ante la ausencia de los elementos del fuero indígena, en la práctica el accionante purgó dos castigos por los mismos hechos y ejecutó parte de las dos condenas debido a que en la jurisdicción indígena fue sancionado el 01 de octubre de 2003 a 10 años de trabajo comunitario, mientras en la jurisdicción ordinaria fue condenado hasta el 16 de octubre de 2009 a 20 meses de prisión por hurto calificado y agravado en concurso heterogéneo con fabricación, tráfico y porte de armas o municiones. Además, por cuanto previamente mediante Resolución del 27 de marzo de 2003, proferida por la Fiscalía 324 Delegada ante los Jueces Penales Del Circuito ya había sido objeto de medida de aseguramiento consistente en detención preventiva.

De lo anterior se colige que la violación al derecho fundamental de debido proceso y al principio de *non bis in ídem*, que se presentó en este caso, obedeció en parte a una actitud negligente por parte del juez ordinario que decidió no elevar en su oportunidad el conflicto de competencias ante el Consejo Superior de la Judicatura y, además, por cuanto no indagó sobre la condición indígena del procesado, quien como miembro de una comunidad étnica podía ser sujeto de excepción por diversidad etnocultural –art. 33 Código Penal- o de error de prohibición culturalmente condicionado en el caso que el vínculo cultural le impidiese conocer la ilicitud de la conducta.

No obstante, es de precisar que para futuros casos en los cuales se solicite la protección al derecho fundamental al debido proceso particularmente por violación al principio

constitucional de non bis in ídem, el juez de tutela deberá valorar estrictamente los elementos del fuero indígena y al concluir que existe una duda razonable sobre la competencia de la jurisdicción especial indígena, será razonable y proporcionado que asuma jurisdicción de manera pronta, de lo contrario, es decir, cuando sea claro el incumplimiento de los elementos del fuero, no deberá avalar la actuación deliberada de la jurisdicción indígena que pretende evitar al juez natural-ordinario del procesado.

Este asunto, arrojó en su momento una duda razonable sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria ya que no fue promovido por parte del juez ordinario en debida oportunidad el conflicto de jurisdicciones que debía resolver el Consejo Superior de la Judicatura -art. 256.6 C.P.- juez competente para ello. Ello sumado a la demora para definir la situación jurídica del procesado y a la falta de coordinación o diálogo entre las jurisdicciones, ocasionaron ausencia de información que permitiera plantear la definición razonable respecto a cuál era la jurisdicción que debía resolver el asunto. En esa medida justifica, más no convalida la actuación de la jurisdicción especial indígena.

Por otra parte, en los próximos juicios de amparo que se presenten sobre hechos similares o análogos, el juez de tutela deberá valorar y proteger igualmente la especial situación de las víctimas frente a los hechos delictivos, ya que so pretexto del respeto a la jurisdicción especial indígena no se pueden desproteger los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación.

La Corte Constitucional ha puntualizado que el principio de non bis in ídem no tiene un carácter absoluto y que, en determinadas condiciones, "... la fuerza normativa de los derechos constitucionales de las víctimas y el imperativo que la Carta impone a las autoridades de lograr la vigencia de un orden justo (CP art. 2º) implican que en los casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al derecho internacional humanitario, si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de esos atroces comportamientos, entonces pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existen decisiones absolutorias con fuerza de cosa juzgada." [68] Agregó la Corporación que la razón para ello es que "... una prohibición absoluta de reiniciar esas investigaciones obstaculiza la realización de un orden justo e implica un sacrificio en extremo oneroso de los derechos de las víctimas" [69], y que, por consiguiente, "... en los casos de impunidad de violaciones a los derechos humanos o al

derecho internacional humanitario, la búsqueda de un orden justo y los derechos de las víctimas desplazan la protección de la seguridad jurídica y la garantía del non bis in ídem”[70].

Ahora bien, como consecuencia de la violación al principio de non bis in ídem, se desprende que en el transcurso del trámite de la acción de tutela, presentada inicialmente el 6 de septiembre de 2011 ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca hasta la fecha, se consumó un daño por cuenta del paso del tiempo y de la vigencia de ambas sanciones. Lamentablemente, a la fecha el accionante cumplió con la totalidad de las diferentes condenas impuestas[71]. Así las cosas, se presenta en el caso concreto una carencia actual de objeto por daño consumado[72], ya que la protección inmediata en el derecho fundamental al debido proceso resulta ahora inócua.

En ese orden de ideas, la Sala precisa de acuerdo al expediente, que el proceso que al interior de la comunidad indígena se llevó a cabo, sólo se dio a conocer con posterioridad a la condena en un derecho de petición elevado ante el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, el 23 de mayo de 2011 y en la solicitud de 10 de agosto de esa anualidad.

De esta manera, es importante señalar que en este asunto se aprecia una vulneración o una lesión al derecho fundamental al debido proceso constitucional[73] del tutelante por parte del sistema judicial, toda vez que aunque en el curso del proceso penal ordinario no se invocó ante el juez de conocimiento un conflicto jurisdiccional, se puso en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación la calidad de indígena en memorial de 14 de abril de 2003 con el objeto de revocar la medida de aseguramiento[74].

Adicionalmente, en la actuación adelantada subsiguientemente por el Juzgado accionado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá con sede en Soacha, se evidencia también una actuación vulneratoria del derecho fundamental al debido proceso del accionante toda vez que dicho operador judicial mediante auto de 31 de mayo de 2011 en respuesta a un derecho de petición elevado el 23 de mayo de 2011, negó la primera solicitud de traslado a la jurisdicción indígena del accionante, al considerar que: “lo anterior permite a esta oficina judicial concluir que los hechos delictivos anotados, en sentir del despacho, para la resolución de las peticiones elevadas, no revistan los supuestos de

hecho que la jurisprudencia de la corte constitucional ha trazado para que sean conocidos y resueltos por la jurisdicción indígena, razones suficientes para negar las solicitudes de traslado a dicha jurisdicción y entrega a la comunidad indígena Muisca de Bosa, del condenado Jaime Chiguasuque Neuta”.

Es de anotar que la existencia de unos criterios específicos para la aplicación de la jurisdicción indígena hace que en algunos casos los indígenas sean juzgados por la justicia ordinaria. Sin embargo, ello no significa que puedan ser investigados y juzgados bajo las mismas reglas de las personas que hacen parte de la cultura mayoritaria, pues existe un enfoque diferenciado que debe ser aplicado por los jueces ordinarios siempre que el sujeto activo sea un indígena. Por ejemplo, en este asunto, el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Fusagasugá debió prever que el cumplimiento de la pena del indígena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario del sistema ordinario, afectaba la cultura del individuo y la conservación de sus usos y costumbres.

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que cuando lo soliciten sus propias comunidades como en este caso que lo requirió el Gobernador del Cabildo, los miembros de las comunidades indígenas pueden cumplir su pena en un establecimiento penitenciario ordinario[75], sin embargo, los establecimientos en los cuales se encuentren privados de la libertad deben contar con la infraestructura necesaria para recibirlos sin afectar su cultura, ni sus costumbres:

“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”[76].

Por lo anterior, puede concluirse que la diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se apliquen en el caso concreto los

elementos del fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de medida de aseguramiento y deberá extenderse también a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros por la indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de desculturización masivo[77].

Sea esta la oportunidad para llamar la atención de todos los jueces de la República, en especial los jueces penales y constitucionales, para que valoren la calidad del sujeto inculcado y, en caso de confirmar el elemento personal del fuero indígena, establezcan como deber inmediato un diálogo intercultural con las autoridades de la comunidad indígena afectada con el fin de que mediando la colaboración armónica entre jurisdicciones -ordinaria y especial indígena- se eviten futuras 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[78]; 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.

Así las cosas, la Sala concederá el derecho fundamental al debido proceso al comprobarse que en el caso sub examine el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad accionado resolvió negligentemente la primera solicitud de traslado presentada y, por ello,

violó el derecho fundamental al debido proceso y la diversidad étnica y cultural.

El Código Penitenciario y Carcelario vigente a la fecha, Ley 65 de 1993 establece lo siguiente:

“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 exservidores 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”. (...) (Subrayado fuera de texto)

En esa medida, considera esta Sala de Revisión que le asiste razón al accionante en la vulneración del principio de non bis in ídem ya que así no ostente el derecho al fuero indígena y, por lo tanto, a la jurisdicción especial indígena, materialmente el accionante purgó dos condenas por el mismo objeto y causa. Además, le asistía el derecho a cumplir la medida de aseguramiento en un establecimiento especial o en una instalación proporcionada por el Estado para el efecto, lo cual no ocurrió.

Por todo lo anterior, es de recibo para esta Sala considerar violación al debido proceso del accionante ya que i) se violó el principio de non bis in ídem -fue juzgado dos veces por los mismos hechos-; ii) los jueces ordinarios no elevaron el conflicto de jurisdicciones ante la autoridad competente en debida oportunidad y; iii) la primera solicitud de traslado de lugar de reclusión fue negada violando a su turno la posibilidad del accionante de reintegrarse con su comunidad étnica lo que pudo desembocar de manera abrupta en la cultura mayoritaria por un tiempo considerable.

V. DECISION

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.- REVOCAR la sentencia de segunda instancia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 3 de noviembre de 2011, que confirmó la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2011 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, que negaba por improcedente la acción de tutela instaurada por el accionante. En su lugar: i) NEGAR el amparo del derecho fundamental de Jaime Chiguasuque Neuta a ser juzgado por su juez natural, es decir, la jurisdicción especial indígena, por las razones expuestas en esta providencia, y ii) CONCEDER el derecho fundamental al debido proceso por vulneración al principio de non bis in ídem.

Segundo.- DECLARAR la nulidad del Acta No. 76 del 01 de octubre de 2003, mediante la cual el Cabildo Indígena Muisca de Bosa castigó al comunero Jaime Chiguasuque Neuta a diez (10) años de trabajo comunitario.

Tercero.- DECLARAR la carencia actual de objeto por daño consumado, en el asunto de la referencia.

Cuarto.- ORDENAR a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura que comunique a los jueces de la República el contenido de esta providencia, en especial sobre la necesidad de información cuyos elementos establezcan un diálogo jurisdiccional intercultural, que evite las anomalías de que da cuenta la parte motiva de esta providencia.

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

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

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Magistrado

Ausente en comisión

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Folio 44, cuaderno FGN.

[2] Lo anterior quedó consignado en el Acta No. 76 de 2003, según consta en los folios 12 y 13 del cuaderno principal (en adelante, se entenderá que los folios a los que se hace referencia pertenecen al cuaderno principal, a menos que se señale expresamente lo contrario).

[3] Folio 3.

[4] Folio 60.

[5] Folio 62.

[6] Folio 62.

[7] Folio 66.

[8] Folio 68.

[9] Folio 103.

[10] Folio 104.

[11] Folios 105 al 110.

[12] Folio 111.

[13] Folio 5.

[14] Folio 76.

[15] Folio 7.

[16] Folio 8.

[17] Folio 89.

[18] Folio 91.

[19] Folio 128.

[20] Folio 129.

[21] Folio 141.

[22] Folio 9, Cuaderno 2.

[23] Folio 13, Cuaderno constitucional.

[24] Folio 14, Cuaderno constitucional.

[25] Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009, entre otras.

[26] Sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-382 de 2006, T-880 de 2006, entre otras.

[27] Sentencia T-652 de 1998.

[28] Sentencia T 116 de 2011.

[29] Sentencia T-002 de 2012.

[30] 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

[32] Sentencia T-552 de 2003.

[33] Ver entre otras: Sentencias C-139 de 1996, T-552 de 2003, T-818 de 2004, T-364 de 2011.

[34] Sentencia T-552 de 2003.

[35] *Ibídem*.

[36] *Ibídem*.

[37] Sentencia T-002 de 2012.

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

[39] Sentencia T-002 de 2012.

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

[41] Sentencia T-002 de 2012.

[42] 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>

[43] 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).

[44] 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.

[45] En la sentencia T-454 de 2013 consideró la Corte lo siguiente: 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”.

[46] 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”.

[47] Ver sentencia T-002 de 2012.

[48] Sentencia T-552 de 2003.

[49] *Ibídem*.

[50] *Ibídem*.

[51] Sentencia T-416 de 1998.

[52] Sentencia T-728 de 2002.

[53] Ver: Sentencias T-728 de 2002 y T-002 de 2012.

[54] Sentencia ver C-521 de 2009

[55] *Ibíd.*

[56] De acuerdo con la sentencia C-521 de 2009 “esta prohibición está llamada a operar en los casos no regulados por las dos prohibiciones anteriores”, en esta providencia se cita como ejemplo la sentencia Sentencia T-537 de 2002 en la que se “examinó el caso de una mujer condenada por el delito de abandono de menores, agravado porque la muerte de la menor sobrevino al abandono. Le correspondía a la Corporación decidir si esa mujer podía ser luego procesada y penada por el delito de homicidio de la misma menor al comprobarse que ésta había sido envenenada. Como no se trataba de un mismo delito, ya que en el primer proceso no se la había enjuiciado por homicidio, la primera de las prohibiciones enunciadas, contenida expresamente en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no era aplicable. Tampoco se trataba de un hecho por el cual la persona hubiera sido absuelta por sentencia en firme, sino que había sido condenada y penada, por lo que no se aplicaba la prohibición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, la mujer podía volver a ser investigada, acusada, enjuiciada y condenada, esta vez por homicidio. Sin embargo, la Corte consideró que la muerte de la menor no podía ocasionar, a un mismo tiempo, penas por el delito de abandono, agravado por la muerte sobreviniente de la menor, y por el delito de homicidio. La razón de esta decisión es la prohibición de sancionar penalmente a una persona por un acto por el cual ya había sido penada por una sentencia en firme”.

[57] Sentencia T-266 de 1999.

[58] Sentencia T-728 de 2002

[59] Sentencia T-728 de 2002

[60] Sentencia T-728 de 2002

[61] Sentencia T-728 de 2002

[62] Folio 58, cuaderno de tutela y folio 44 del cuaderno del proceso penal de conocimiento. (ver diligencia de indagatoria)

[63] Folio 62, Fiscalía 324 Delegada ante los jueces penales del circuito. Resolución de 27 de marzo de 2003 que impone como medida de aseguramiento la detención preventiva del accionante “en tanto el tercero acepta el haber autorizado el descargue de la mercancía hurtada en el inmueble de su propiedad”.

[64] Sentencia C- 244 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[65] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso No. 34482. Noviembre 24 de 2010. M.P. María del Rosario González de Lemos.

[67] Manuel Jaén Vallejo. El principio de non bis in ídem. Revista Aja, no. 584 de 2003. Página 3.

[68] Sentencia C-004 de 2003

[69] Ibídem

[70] Ibídem

[71] Se advierte que durante el interregno de esta acción constitucional, el Juzgado de Ejecución de Penas accionado, mediante auto del 27 de octubre de 2011 concedió al accionante el beneficio de la libertad condicional atendiendo a la solicitud elevada por el defensor. (Ver folio 220-224, cuaderno de ejecución)

[72] T- 083 de 2010. “La carencia actual de objeto por daño consumado se presenta cuando la vulneración o amenaza del derecho fundamental ha producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela, de modo tal que ya no es posible hacer cesar la violación o impedir que se concrete el peligro y lo único que procede es el resarcimiento del daño originado en la vulneración del derecho fundamental”.

[73] Ver sentencia T-102 de 2006

[74] Folio 121, expediente fiscal tercero seccional.

[75] Sentencias de la Corte Constitucional T-239 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1294 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-549 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-097 de 2012, M.P. Mauricio

González Cuervo.

[76] T-097 de 2012

[77] T-921 de 2013.

[78] Ver sentencia T-921 de 2013.