

T-975-14

Sentencia T-975/14

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

JURISDICCION INDIGENA-Alcance

La jurisdicción indígena es parte de la rama judicial e implica el reconocimiento de un poder legislativo para dichas comunidades por lo que de acuerdo a sus usos y prácticas tradicionales desplazan a las normas y disposiciones nacionales respecto a aspectos como la definición de la competencia orgánica, las normas sustantivas aplicables y los procedimientos de juzgamiento

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

La jurisdicción indígena implica, entre otros, los siguientes elementos: (i) Un elemento humano, respecto a la existencia de un grupo diferenciado tanto por el origen étnico como por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; (ii) Un elemento orgánico, que se constituye de acuerdo a la existencia de autoridades tradicionales que desempeñan un papel de control social al interior de las comunidades; (iii) Un elemento normativo, que permita que la comunidad se oriente de acuerdo a un sistema jurídico propio constituido de acuerdo a las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; (iv) Un ámbito geográfico, según el cual la norma que establezca la jurisdicción indígena remita al territorio y que mediante el artículo 329 de la Constitución deba conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades. y; (v) Un factor de congruencia, puesto que el orden jurídico tradicional de las comunidades no puede ir en contra de la Constitución ni de la ley.

LIMITES AL EJERCICIO DE LA JURISDICCION INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

FUERO INDIGENA-Concepto

Se considera como fuero indígena aquel derecho que tienen los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, por hacer parte de ellas, de ser juzgados por autoridades indígenas, esto es, un juez diferente al que de manera general tiene la competencia para tal propósito, y quien tiene por objeto juzgar los acontecimientos de acuerdo a la organización y forma de vida de la comunidad.

CRITERIOS PARA LA DETERMINACION DEL FUERO INDIGENA

Para aplicar el fuero penal indígena se hace necesario analizar cuatro (4) criterios: (i) El elemento personal en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena. (ii) El elemento territorial que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial. (iii) El elemento institucional u orgánico, en el que se hace necesaria la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad. (iv) El elemento objetivo a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

DERECHO PENAL ANTE INDIGENAS EN UN ESTADO PLURALISTA-Modelos de aplicación

A nivel mundial han sido propuestos diferentes modelos relacionados con el tratamiento de los delitos realizados por individuos que conforman un pueblo indígena: El modelo absoluto de la jurisdicción indígena, el modelo clásico de la inimputabilidad, el modelo de las defensas, el modelo del error de prohibición (o comprensión) culturalmente condicionado, el modelo de los delitos culturalmente motivados, el modelo de la inimputabilidad por diversidad sociocultural.

FUERO PENAL INDIGENA-Eventos en los cuales se aplica/FUERO PENAL INDIGENA-Reglas que deberán ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero indígena

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN ESTABLECIMIENTO CARCELARIO-Indígenas pueden ser reclusos excepcionalmente en establecimientos ordinarios, sin afectar la identidad cultural

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que se puede recluir de manera excepcional a los indígenas en establecimientos ordinarios cuando lo determinen de esta manera las propias comunidades a las que pertenecen a través de la colaboración armónica entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, resaltando que la mayoría de los resguardos no tienen la infraestructura adecuada para vigilar que se cumplan las penas privativas de la libertad al interior de su territorio. Por lo anterior, es necesario señalar que esta situación es aplicable, en aquellos eventos en donde las propias autoridades indígenas determinen que el cumplimiento de la pena se realice en establecimientos ordinarios. La limitación del derecho a la identidad cultural se justifica solo si la propia comunidad indígena basada en motivos excepcionales requiere que la pena sea cumplida en un establecimiento ordinario, pero no en aquellos casos en donde la comunidad autoriza al indígena que cumpla su detención preventiva o su pena al interior de su territorio.

FUERO INDIGENA-Se niega el amparo por cuanto no se cumplió con el elemento territorial, pues los hechos ocurrieron fuera del resguardo indígena

FUERO INDIGENA-Se niega el amparo por cuanto la comisión de la conducta punible no reviste ninguna connotación cultural pues los hechos imputados no tienen ninguna relación con su condición de indígena

FUERO INDIGENA-Se niega el amparo por cuanto no se cumplió con el requisito objetivo, pues los hechos no afectaron a la comunidad indígena

DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE MIEMBRO DE COMUNIDAD INDIGENA PRIVADO DE LA LIBERTAD-Orden al Inpec disponer reclusión en un lugar o pabellón especial en el cual se tenga en cuenta la condición de indígena y permitir visita del médico de su comunidad

Referencia: T-4352016

Acción de Tutela instaurada por Gerson Mensa Puyo contra la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esa ciudad.

Problema jurídico: corresponde a la Sala establecer si se vulneraron los derechos del accionante al no aplicarse la jurisdicción indígena y habersele recluido en un establecimiento penitenciario ordinario.

Derechos fundamentales invocados: el buen nombre, la dignidad humana, el debido proceso, el derecho a la defensa, el juez natural, la autonomía jurisdiccional, la integridad cultural y la identidad cultural.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil catorce (2014)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside, Martha SÁCHICA Méndez y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la Sentencia proferida el veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) por la Sala no. 2 de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que negó por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Gerson Mensa Puyo en contra de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. SOLICITUD

El señor Gerson Mensa Puyo interpuso acción de tutela a nombre propio el día siete (07) de marzo del año dos mil catorce (2014), en contra del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y del Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala de Decisión Penal

de la ciudad de Popayán, considerando que vulneraron sus derechos fundamentales a la integridad cultural, a la identidad cultural y al buen nombre, a los usos, costumbres y tradiciones como indígena por tres (3) motivos: (i) afirma que no ha sido procesado por su juez natural que es el Gobernador del resguardo indígena, Munchique Los Tigres; (ii) expresa que en el proceso penal no se consultó al jefe de su comunidad y (iii) señala que se encuentra cumpliendo pena en un establecimiento penitenciario ordinario.

2. HECHOS

2.1. El once (11) de mayo de 2010, dos (2) hombres lanzaron varias granadas contra la estación de policía del municipio Siberia Cauca, sin embargo, debido a que se encontraba cubierta por una malla, los artefactos rebotaron explotando en un sitio de internet vecino en el cual se encontraban varias personas quedando gravemente herida la concejal de Caldon Luz Marina Pulido y el menor Juan Pablo Chicangana Patiño, quien falleció con ocasión de las heridas producidas.

2.2. El agente Freddy Hernando Echevarría López, testigo presencial de los hechos, realizó un retrato hablado de los autores con la asistencia de un perito de la SIJIN, en virtud del cual se pudo identificar como uno de los autores del atentado al señor Gerson Mensa Puyo, lo cual se ratificó posteriormente de manera presencial en la audiencia pública.

2.3. La señora Ana Ruth Calión Guasaquillo y el señor Harvy Simón Trochez Muse, desmovilizados de las FARC, confirmaron que Gerson Mensa Puyo era el autor del delito y además señalaron que los hermanos Mensa Puyo hacían parte de este grupo al margen de la ley.

2.4. El siete (7) de abril de 2011 se efectuó un reconocimiento fotográfico y se entrevistó a tres (3) testigos (Libia Liceth Patiño Muñoz, Luz Marina Patiño Campo y Freddy Hernando Echeverría López), quienes concluyeron que el autor del delito era Gerson Mensa Puyo.

2.5. El trece (13) de marzo de 2011 se realizó la audiencia preliminar en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal del Tambo (con funciones de control de garantías) en la cual se legalizó la captura, se imputaron los delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas y fabricación, tráfico y porte de armas,

municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos y se dictó medida de aseguramiento en contra del señor Gerson Mensa Puyo por la comisión de estas conductas punibles.

2.6. El doce (12) de abril de 2011, la Fiscalía 5ª Especializada de Popayán presentó escrito de acusación cuya audiencia se llevó a cabo el dos (2) de mayo de 2011.

2.7. La audiencia preliminar se llevó a cabo el veinte (20) de junio de 2011 y el juicio oral terminó el nueve (9) de abril de 2012 con el anuncio del sentido del fallo condenatorio.

2.8. El quince (15) de junio de 2012, el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán profirió sentencia en contra de Gerson Mensa Puyo por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, siendo condenado a la pena de 480 meses de prisión.

2.9. El defensor del señor Gerson Mensa Puyo interpuso recurso de apelación contra la sentencia condenatoria.

2.10. El nueve (9) de octubre de 2012, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Popayán confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán, resaltando que existen múltiples testimonios, entrevistas y reconocimientos que demuestran claramente que el señor Gerson Mensa Puyo fue autor de los delitos imputados.

2.11. El accionante afirma que realizó dos (2) solicitudes al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán, a fin de que se coordinara su traslado al lugar de origen de su comunidad indígena para pagar la condena impuesta por la jurisdicción ordinaria en su territorio ancestral.

2.12. El accionante rechaza esa postura y formuló cuatro (4) objeciones:

“No se me permitió consultar oportunamente al gobernador de mi resguardo munchique los tigres municipio de Santander de Quilichao sobre mi captura.”

“No se tubo (sic) en cuenta mi condición de indígena.”

“No se ordena al INPEC que me recluyeran en un patio especial, ni que se tuviera (sic) en cuenta el respeto de mi identidad cultural”

“Nunca mi autoridad indígena fue informada ni por la fiscalía ni por el juzgado que me estaban juzgando”.

2.13. Recuerda a través de su escrito que la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán-Cauca, confirmó el auto interlocutorio No. 833 del seis (6) de junio de 2013, por considerar que el accionante no gozaba de fuero indígena.

2.14. Añade que el Tribunal fue más allá en su cuestionamiento cuando asegura, que los hechos ocurrieron por fuera del territorio reservado a la comunidad indígena.

2.15. Sostiene que al dictarse sentencia judicial sin la realización de un análisis exhaustivo por un antropólogo jurídico, se atentó contra su identidad e integridad cultural.

3. TRASLADO Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por medio del auto de dieciocho (18) de marzo del año dos mil catorce (2014), la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia asumió conocimiento de la acción de amparo, corrió el respectivo traslado a los despachos judiciales demandados, vinculó al trámite al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán y a la Fiscalía Quinta Especializada de la misma ciudad, y por petición del actor, comunicó a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y minorías del Ministerio del Interior, al Concejo Regional Indígena del Cauca (CRIC) y a la Defensoría del Pueblo Regional Cauca.

3.1. Respuesta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán

3.1.1. Solicitó no conceder el amparo requerido por el accionante, reiterando los fundamentos explícitos de la actuación consignados en la providencia del 15 de agosto del año 2013, por medio de la cual se resolvió confirmar el auto interlocutorio No. 833 del 6 de junio del 2013, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán.

3.1.2. Señaló que la acción de tutela sólo procede de forma excepcional, cuando el actor no dispone o no dispuso de otro medio de defensa judicial, pues la regla general indica que el sistema jurídico cuenta con los mecanismos idóneos para ser invocados ante los Jueces con el fin de proteger efectivamente sus intereses jurídicos.

3.1.3. Justifica que el principio de la autonomía funcional de los jueces sirve de soporte constitucional para que la regla general sea la improcedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, ya que solo procederá cuando un juez incurra en una vía de hecho.

3.1.4. Sostiene su posición en el entendido de que el señor Gerson Mensa Puyo no gozaba del fuero indígena, razón de más para no ser juzgado por sus propias autoridades, normas y procedimientos; pese al surgimiento del elemento personal. Es así porque los hechos ocurrieron fuera del territorio de su comunidad, amenazando con sus actividades la existencia y organización del Estado, y afectó o colocó en riesgo a la sociedad colombiana.

3.1.5. Añade que no se cumplió con el requisito de inmediatez de la acción de tutela.

3.2. Respuesta del Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad

3.2.1. Solicita que se desvincule a dicho despacho judicial de la presente acción de tutela, considerando que sus decisiones se encuentran ajustadas a la normatividad aplicable, puesto que no han sido arbitrarias ni se han decidido por capricho del juez, por lo que no se han vulnerado derechos fundamentales, generándose la improcedencia de la acción de tutela.

3.2.2. Enuncia el trámite judicial que se le dio al Proceso Radicado 2010-01178-00 contra el señor Gerson Mensa Puyo, destacando los delitos por los que se le condenó a la pena principal de 480 meses de prisión impuesta por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Popayán, confirmada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, Sala Penal.

3.2.3. Describe los hechos que dieron lugar a la investigación y posterior juzgamiento, señalando las víctimas de los delitos, al agresor con sus progenitores y residencia. También

precisa cuáles fueron las pruebas que sirvieron para la individualización de los presuntos autores.

3.2.4. Comenta que hubo dos decisiones judiciales: (i) el Auto interlocutorio 583 (sic) del 18 de abril de 2013, sin apelar y; (ii) el Auto 833 del 6 de junio del 2013, apelado y confirmado por el superior jerárquico.

3.2.5. Resalta que en todo el proceso, ni el señor Gerson ni el Resguardo Indígena manifestaron su calidad de indígena, ni se planteó un conflicto de Jurisdicción para que fuese conocido su proceso por las comunidades a las que pertenecía.

3.2.6. Manifiesta que debido al monto de la pena impuesta y a la ausencia de beneficios como la suspensión condicional de la ejecución de la pena, se hace obligatorio que el sentenciado purgue su pena en un centro penitenciario donde el Estado brinde las condiciones para que pueda construir y llevar a cabo su propio proyecto de vida.

3.2.7. Concluye que mientras el INPEC no construya en el país Colonias Penales Agrícolas Indígenas que busquen reducir los índices de hacinamiento, brindando espacios a los hombres privados de la libertad que pertenecen a las etnias indígenas acorde con sus creencias, no es posible otorgar a los indígenas otra clase de privación de su libertad.

3.3. Respuesta del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado.

Solicita que se declare improcedente la acción de tutela y/o se niegue porque no se vulneró derecho fundamental alguno:

3.3.1. Defiende la providencia condenatoria dictada el 15 de junio de 2012, confirmada en decisión del 20 de noviembre del mismo año; por no encontrar dentro de la actuación, tras revisarla, soporte alguno de que el señor Gerson Mensa Puyo pertenecía a alguna comunidad indígena.

3.3.2. Niega que se haya planteado el conflicto de jurisdicción en el momento oportuno, que era durante la formulación de acusación.

3.3.3. Señala que no tienen sustento las afirmaciones del accionante relativas a que hubo violación al derecho a la defensa y al debido proceso, cuando manifiesta que el Juzgado “no

le informó a la autoridad indígena que lo estaban juzgando”. El nuevo sistema penal acusatorio se caracteriza por una justicia rogada, por lo que el acusado es quien debe manifestar su intención de someterse a la jurisdicción indígena, ante lo cual habría sido necesario tramitar la solicitud ante el Consejo Superior de la Judicatura.

3.3.4. Concluye que no es suficiente que un procesado pertenezca a una comunidad indígena para que la actuación deba surtirse ante la jurisdicción indígena, ya que se deben cumplir otros requisitos adicionales.

3.3.5. Finalmente añade que no es competente para referirse a temas que se relacionan exclusivamente con el cumplimiento o ejecución de la condena.

3.4. Respuesta del INPEC

3.4.1. Distingue dos (2) tipos de personas privadas de la libertad: los detenidos preventivamente y los condenados. Sobre los segundos expresa que el traslado de una persona privada de la libertad requiere que ésta se encuentre en alguna de las causales previstas en el artículo 75 de la ley 65 de 1993, modificado por el artículo 53 de la Ley 1709 de 2014.

3.4.2. Indica que es improcedente la acción de tutela cuando previamente no hubo solicitud a la administración, dado que el traslado por solicitud de la persona privada de la libertad implica petición al INPEC. En este sentido, manifiesta que cuando se acude directamente a la actuación judicial se le impide a la administración manifestar su voluntad.

3.4.3. Concluye que la Dirección General del INPEC no ha violado, no está violando, ni amenaza violar los derechos fundamentales mencionados en el líbello de la tutela por los siguientes motivos:

3.4.3.1. La imposición de la pena de prisión, por su naturaleza implica una separación entre el afectado y su núcleo familiar.

3.4.3.2. La Constitución Política prohíbe a las autoridades públicas ejercer funciones diferentes a las atribuidas por ella o la Ley.

3.4.3.3. Para el caso concreto el juez de tutela no está facultado para ordenar el traslado del privado de la libertad.

3.4.3.4. No se registra ingreso alguno de derecho petición al instituto por cuenta del accionante, por lo que no se está violando un derecho fundamental.

3.4.3.5. Resalta que el privado de la libertad presentó tutela ante el Juez Tercero de ejecución de penas y Medidas de seguridad de Popayán, con radicado 9038-3, quien pretendía el traslado a los ERON de Palmira y Cali, sin mencionar su condición de indígena.

3.4.3.6. Mientras el privado de la libertad no sea reconocido su condición de indígena, no será posible acceder a las pretensiones.

3.5. Respuesta de la Procuraduría 247 Judicial Penal

El Procurador 247 Judicial I Penal solicitó al juez de tutela no tutelar el derecho fundamental a la identidad cultural que se afirma vulnerado en la actuación, por los siguientes motivos:

3.5.1. Destaca que por el grado de culturización del accionante pudo ejercer los comportamientos delictivos por los que fue condenado, lo cual impide que se asevere una afectación del presunto arraigo a los usos y costumbres que rigen su comunidad no tenidos en cuenta al cometer el delito.

3.5.2. Afirma como necesaria la ejecución de la pena en un centro penitenciario de mediana y alta seguridad como el establecimiento en el que se encuentra, considerando la gravedad de los punibles ejercidos por el procesado.

3.5.3. Considera la situación del accionante, por hallarse recluido en el pabellón No. 1, patio especial donde se encuentran comuneros juzgados por jurisdicción indígena como por la jurisdicción ordinaria; donde el grado de influencia de valores occidentales se minimiza.

3.5.4. Además rechaza el traslado advirtiendo que no se ha verificado que su comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones

dignas y con la vigilancia que corresponde.

3.6. Respuesta del Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías

3.6.1. Precisa que su pronunciamiento no lo hace en calidad de vinculado y/o accionado; sino porque es un asunto que atañe el interés de esa Dirección del Ministerio del Interior.

3.6.2. Valida los argumentos sostenidos por la primera y segunda instancia para negar la solicitud, con fundamento en la sentencia T-617 del año 2000.

3.6.3. Sustenta que el encargado de pronunciarse sobre las condiciones en que habrá de cumplirse la pena, aun cuando haya sido proferida por la justicia ordinaria es el INPEC.

3.6.4. Manifiesta que oficiará a la dirección de Derechos Humanos del INPEC con el propósito que se informe el tratamiento dado, lugar exacto de la privación de la libertad y si lo alegado en el escrito de tutela frente a las condiciones de reclusión del señor MENSA PUYO, efectivamente han ocasionado una vulneración a un derecho fundamental.

3.6.5. Expidió constancia de la existencia del resguardo al que pertenece el accionante, cuál es su representante legal y la pertenencia de Gerson Mensa Puyo a la comunidad.

4. PRUEBAS OBRANTES DENTRO DEL EXPEDIENTE

4.1. Constancia emitida por el Ministerio del Interior a través del Director de Asuntos indígenas, ROM y Minorías, sobre el registro del Resguardo indígena Munchique Los Tigres, el cual debe ser reestructurado por el INCODER de conformidad con el Decreto No 441 del 10 de Febrero del 2010; sobre el registro del señor Luis Alejandro Yule Yatacue como Gobernador del CABILDO INDIGENA y del Resguardo; y sobre la pertenencia del señor Gerson Mensa Puyo a la comunidad en el censo sistematizado aportado por el Resguardo para los años 2003, 2008 y 2012.

4.2. Certificado proferido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la judicatura, por el que se informa que no ha cursado ningún conflicto de jurisdicciones con ocasión de la actuación penal que se adelantó contra el ciudadano Gerson Mensa Puyo.

4.3. Derecho de petición enviado al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas

de Seguridad de Popayán del primero (01) de Abril de dos mil trece (2013).

4.4. Derecho de petición enviado al Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán del veinte (20) de Mayo del dos mil trece (2013).

4.5. Auto interlocutorio No 683, proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad de Popayán del dieciocho (18) de abril del dos mil trece (2013).

4.6. Auto interlocutorio No 833 proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán del seis (06) de Junio del dos mil trece (2013).

4.7. Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de decisión Penal, el nueve (09) de Octubre del dos mil doce (2012) por medio de la cual se confirma la providencia dictada el quince (15) de Juniodel dos mil doce (2012) por el Juzgado Segundo Penal del circuito Especializado de Popayán.

4.8. Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de decisión penal, con fecha del quince (15) de Agosto del año dos mil trece (2013), por medio de la cual se confirma el auto interlocutorio No. 833 del seis (06) de Junio del dos mil trece (2013), proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán.

4.9. CD de audio que contiene todas las actuaciones del proceso 19001 6000602 2010 01178, por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio agravado con fines terroristas, y Fabricación, tráfico y porte de armas o municiones de uso privativo de las Fuerzas Armadas o explosivos contra el procesado Gerson Mensa Puyo.

5. DECISIONES JUDICIALES

5.1. DECISIÓN DE TUTELA EN PRIMERA INSTANCIA.

El veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014), la Sala no. 2 de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, negó la acción de tutela en lo atinente a la violación de derechos fundamentales presuntamente conculcados por las autoridades judiciales demandadas; y se abstuvo de emitir un pronunciamiento de fondo para referirse

al actuar del INPEC y de la Dirección de la penitenciaría San Isidro de Popayán, por los siguientes motivos:

5.1.1. La Sala diferencia dos tipos de reproches dentro del proceso: (i) los señalados respecto del contenido de la sentencia condenatoria proferida y (ii) la presunta desatención de su condición de indígena durante el trámite de la actuación, así como en la ejecución de la pena.

5.1.2. Explica el criterio reiterado de la Sala sobre el carácter residual y subsidiario del amparo constitucional, por el que la acción de tutela sólo procede a falta de recurso ordinario a través del cual pueda propenderse por la salvaguarda de los derechos fundamentales que se dicen vulnerados.

5.1.3. Advierte que el reproche que hace el actor de la sentencia condenatoria resulta inoportuno porque se produce más de un año y medio después de su emisión. Lo lógico, insiste, habría sido rechazar la presunta arbitrariedad de la decisión en el mismo momento que se conoció.

5.1.5. Añade que aun en caso de haber obtenido resultados adversos en la impugnación habría tenido a su alcance el recurso de casación.

5.1.6. Afirma que la tutela es un mecanismo inadecuado para intentar revivir la oportunidad procesal que caducó cuando no se ejerció el derecho de impugnar la providencia que quedó en firme.

5.1.7. Adiciona que la acción de tutela no procede ni siquiera como mecanismo transitorio cuando se omite la utilización oportuna y adecuada de los medios de defensa previstos por el legislador, sustentando su posición en la sentencia SU-111 de 1997.

5.1.8. Reitera los mismos argumentos de oportunidad al tratar la censura de una presunta violación del debido proceso por no haberse tenido en cuenta su condición de indígena al dársele curso ordinario a su proceso, resaltando que la solicitud de amparo se formula mucho tiempo después de su producción.

5.1.9. Precisa que el mecanismo idóneo para dirimir los conflictos de competencia no es la acción de tutela ya que quien tiene la competencia de forma exclusiva es el Consejo

Superior de la Judicatura, por lo que resulta improcedente la solicitud de amparo.

5.1.10. Afirma que no posee competencia funcional para constituirse como juez constitucional de primer grado sobre los cargos que pretende el actor contra el INPEC y la Dirección de la penitenciaría San Isidro de Popayán, a quienes podría atribuírseles una eventual vulneración de los derechos a la diversidad e integridad étnica.

5.2. El accionante no presentó recurso de impugnación.

6. ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

6.1. El veintinueve (29) de julio del dos mil catorce (2014) se profirió auto a través del cual se decretaron las siguientes pruebas necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la vinculación de las personas que pudieran tener un interés en este proceso:

“PRIMERO: PONER EN CONOCIMIENTO del Jefe del Resguardo Munchique Los Tigres, situado en el municipio de Santander de Quilichao (Cauca), la acción de tutela de la referencia, para que emita su concepto sobre la misma, el cual deberá ser rendido en un término de cinco (05) días después del conocimiento de esta providencia. En especial se le solicitará que señale: (i) si el señor GERSON MENSA PUYO es miembro de su comunidad indígena, (ii) si cuenta con un sitio para garantizar la privación de su libertad en condiciones que garanticen su seguridad y dignidad humana y (iii) si estaría dispuesto a que el accionante cumpla la pena al interior de su resguardo.

SEGUNDO: ORDENAR al Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito de la ciudad de Popayán que en el término de tres (3) días hábiles contados desde la notificación del presente auto, remita a esta Corporación el expediente y los CDs que contengan las audiencias y la sentencia correspondiente al proceso penal con radicación 19001-31-07-002-2010-01178-00, llevado en contra del señor GERSON MENSA PUYO por los delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos.

TERCERO: INVITAR a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Organización Nacional Indígena (ONIC), al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y

Sociedad- Dejusticia y a las Universidades del Cauca, de los Andes, Nacional, Sergio Arboleda, Javeriana y del Rosario, para que, si lo consideran pertinente, emitan su opinión sobre la acción de tutela de la referencia, la cual deberá ser rendida en un término de cinco (5) días después del conocimiento de esta providencia.”

6.2. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La doctora Paula Andrea Ramírez Barbosa, Procuradora Delegada para el Ministerio Público en Asuntos Penales, indicó que no puede prosperar acción de tutela propuesta por el ciudadano con fundamento en las siguientes consideraciones:

“a) El personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”

b) El territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas.”

c) El objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”. Siendo así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígenas”.

6.2.2. Manifiesta que tras haber examinado la actuación surtida en el proceso que por el delito de homicidio agravado y otros se adelantó contra el ciudadano Gerson Mensa Puyo, y confrontados los hechos y circunstancias puede afirmarse que él no gozaba de fuero indígena que permitiera el juzgamiento por las autoridades propias de su comunidad, con la aplicación de sus normas.

6.2.3. Sostiene que si bien se acreditó que el accionante ostenta la condición de miembro de un Resguardo Indígena, acorde con el elemento personal, no ocurre lo mismo con los demás elementos: (i) los hechos que motivaron la investigación penal no ocurrieron dentro del territorio donde son competentes las autoridades indígenas por razón de su Jurisdicción especial y (ii) la naturaleza del delito no tiene ninguna relación con la comunidad indígena a la que pertenece el accionante.

6.2.4. Expresa que sí se le garantizó al accionante el derecho a la defensa, encontrando

que durante todo el trámite de la actuación que culminó en la condena de 480 meses de prisión estuvo asistido por un defensor técnico. Aun así nunca alegó ni propuso dentro del proceso un conflicto de jurisdicciones.

6.2.5. Expone que, aun si se hubiese planteado éste alegato, no es el juez de tutela quien debe dirimirlo, sino la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

6.2.6. Recuerda en su exposición el procedimiento para impugnar las decisiones judiciales mediante la interposición de recursos, pues, según su decir, además de no proponer un conflicto de jurisdicción, el accionante tampoco impugnó la providencia. No se interpuso el recurso extraordinario de casación contra la providencia del 20 de noviembre del 2012, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán al confirmarse la decisión del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad, del 15 de junio de 2012.

6.2.7. Resalta que el accionante no advirtió durante todo el curso del proceso penal desconocimiento de algún derecho fundamental. En concreto, ni en las actuaciones de parte o la apelación se hicieron glosas de ilegalidad por la defensa técnica o desconocimiento de juez natural, refiriéndose con exclusividad a su responsabilidad penal.

6.2.8. Menciona que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido reiterada sobre la naturaleza residual y subsidiaria de la acción de tutela. No resulta viable jurídicamente utilizar el amparo a manera de instancia adicional cuando los momentos procesales que habilitan la interposición de un recurso se han dejado vencer, o habiéndose intentado las decisiones han sido adversas.

6.2.9. Al referirse sobre el segundo problema jurídico, cita el artículo 10º del convenio 169 de 1989 de la Conferencia General de la Organización internacional del Trabajo - OIT. La norma dice:

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

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

6.2.10. Resalta, no obstante, que los punibles por los que se decidió declarar penalmente responsable al señor Gerson Mensa Puyo regulados por los artículos 103, 104 y 366 del Código penal, no contemplan una pena alternativa. Aquel cuerpo normativo establece pena de prisión para esos delitos por atentar contra la vida e integridad personal y la seguridad pública.

6.2.11. Además de no ser factible el otorgamiento de subrogados o beneficios penales, por la gravedad de los hechos se debe cumplir la pena en establecimiento de reclusión, es decir, de manera intramural.

6.2.12. Complementa su postura con un argumento adicional. La solicitud de amparo que se hace al juez constitucional debe tener una relación de inmediatez que debe tener la vulneración del derecho fundamental y la presentación de la acción constitucional, no satisfecha por el señor Gerson Mensa Puyo. La censura de la providencia es inoportuna porque transcurrieron casi 20 meses desde la emisión de la decisión judicial.

6.2.13. Finaliza refiriéndose a la ejecución de pena en establecimiento ordinario y la posibilidad o no del desconocimiento de su cosmovisión, usos y costumbres, que conforman el derecho fundamental a la integridad cultural y étnica de las que es titular como miembro de una comunidad indígena; concluyendo que carece de elementos para emitir una opinión de fondo. En su sentir la respuesta del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC no alude el tema central sobre si el aplicado al accionante permite el desarrollo de las actividades propias de su condición indígena o no.

6.3. INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El doctor Luis Manuel Castro Novoa, Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales, considera que el juzgado accionado vulneró los derechos fundamentales del accionante por los siguientes motivos:

6.3.1. Recopila al comienzo de su escrito de manera breve cuáles fueron en su sentir los antecedentes fácticos del caso. En especial detalla las actuaciones judiciales que el

accionante considera han vulnerado sus derechos fundamentales.

6.3.2. Menciona la protección constitucional que se reconoce a los pueblos indígenas de tener un fuero especial consistente en ser juzgado por sus autoridades de acuerdo con sus normas y procedimientos, siempre que se cumplan cuatro (4) elementos: el personal, territorial, institucional u orgánico, y el objetivo.

6.3.3. Argumenta que estos criterios condicionan el conocimiento o no que pueda asumir la justicia ordinaria cuando hay un indígena como sujeto activo; lo que implica además que deben aplicarse reglas especiales con el fin de garantizar sus derechos a la identidad e integridad cultural.

6.3.4. Cita la Sentencia T-921 de 2013 para sustentar su postura, la cual indica:

“La Corte Constitucional estableció cuatro reglas que deben considerarse en los casos en los que la justicia ordinaria tiene la competencia para adelantar la investigación y juzgamiento:

(i) En primer lugar, la consideración sobre si se aplica la causal de inimputabilidad de diversidad sociocultural, la cual tiene su origen no en una incapacidad sino de una cosmovisión diferente.

(ii) la segunda regla se refiere a la posibilidad de reconocer la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado, en los términos del numeral 10 del artículo 32 del Código Penal.

(iv) La cuarta y última regla que se ha reconocido por la jurisprudencia constitucional se refiere a la obligación de reconocer que aun en los casos en los que existe una condena fijada por la justicia ordinaria, en su cumplimiento debe velarse porque no se afecte la cultura del individuo y por la conservación de sus actos y costumbres.”

6.3.5. Sostiene el delegado de la Defensoría del Pueblo que no se acusaron debida ni oportunamente las réplicas que se pretenden hacer valer por consideración de la competencia, y que ésta no es la oportunidad para invocarlas ya que la acción de tutela no tiene esa finalidad.

6.3.6. Insiste con fundamento jurisprudencial en que la privación de la libertad no implica la restricción a todos los derechos de un ciudadano y que en todo caso debe respetarse su dignidad. Particularmente cuando hay de por medio un miembro de una comunidad étnica debe garantizarse su identidad cultural. Concluye que el derecho a la integridad cultural debe protegerse independientemente de que se haya o no juzgado por la jurisdicción ordinaria.

6.3.7. Explica que el Juez de Ejecución de Penas se centró en la cuestión de la fijación de la competencia en cabeza de la justicia ordinaria para el juzgamiento y sanción del delito cometido por el actor; siendo éste el motivo invocado para negar el traslado del condenado.

6.3.8. Cuestiona las providencias accionadas por considerar que deja de lado el derecho que le asiste a los miembros de comunidades indígenas a que en el cumplimiento de penas privativas de la libertad se tenga en cuenta la cosmovisión indígena, sus costumbres, sus prácticas, y la finalidad de la pena para el miembro de la comunidad.

6.3.9. Sostiene que aún cuando la Defensoría del Pueblo cuenta con información limitada, porque desconoce la posición de la comunidad indígena a la que pertenece el actor, la omisión de valoraciones por parte del juez accionado que permitan determinar si en este sitio están dadas las condiciones que le permitan conservar sus costumbres, constituye una vulneración a sus derechos fundamentales a la identidad cultural y la dignidad humana.

6.3.10. Concluye señalando que es obligación del juez de tutela velar por la protección del derecho a la diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad, ya sea por la imposición de una medida de aseguramiento o por una condena en firme.

6.4. INTERVENCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN NACIONAL INDÍGENA DE COLOMBIA- ONIC

El señor Luis Fernando Arias Arias interviene en el proceso que se estudia como Representante Legal de la Organización Nacional Indígena de Colombia-ONIC expresando los siguientes argumentos:

6.4.1. Cita el artículo 4° de la Declaración de los derechos de los Pueblos Indígenas ONU,

2007, resaltando que para los asuntos internos y locales de una comunidad indígena, rige una lógica de auto gobierno con decisiones propias.

6.4.2. Explica el derecho que tiene un Pueblo Indígena a establecer sus propias leyes y mecanismos que regulan a la comunidad; por lo que son las autoridades indígenas quienes deben dirimir las controversias de su misma comunidad o de ésta con otras.

6.4.3. Aclara que éste procedimiento debe cumplir con las normas internas del resguardo, siempre limitados por los preceptos axiológicos de la Carta Política, tratándose particularmente de los derechos fundamentales como límite material al principio de la diversidad étnica y cultural.

6.4.5. Dice que existen otros mecanismos para aquel agresor que cometa acciones antijurídicas, encaminados a la auto corrección y no al castigo.

6.5. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El señor Gregorio Mesa Cuadros, Director del Grupo de Investigación en derechos colectivos y Ambientales -GIDCA, como representante de la Universidad Nacional de Colombia realiza las siguientes consideraciones:

6.5.1. Propone las siguientes medidas en orden a restablecer los derechos fundamentales del caso en concreto, de los pueblos y comunidades indígenas:

“a) Permitir al accionante cumplir la pena en el Resguardo indígena al cual pertenece, previa concertación con las autoridades tradicionales y verificación de que se cumplen las condiciones para cumplir la pena en el Resguardo.

b) Revisión del proceso que llevó a la condena del accionante y posterior declaración de nulidad, de comprobarse que las autoridades tradicionales no fueron notificadas del proceso penal contra uno de sus integrantes (bajo el entendido que este es un mecanismo idóneo, y necesario para el ejercicio de los derechos individuales del procesado, pero también de derechos colectivos del pueblo indígena, y en ese sentido, sería un derecho colectivo fundamental).

C) Formulación de un plan de adecuación a las prisiones para asegurar la disposición de

espacios adecuados para los reclusos miembros de pueblos y comunidades indígenas que no puedan cumplir su pena en los resguardos a los que pertenecen, en orden a permitir la práctica de sus costumbres tradicionales y evitar la pérdida de identidad y cultural. Ello incluye, además de la adecuación de espacios, la autorización del ingreso y suministro de elementos u objetos -que eventualmente no sean permitidos como la hoja de coca- necesarios para la práctica de costumbres tradicionales, así como otras condiciones para garantizar dicho trato diferencial, como permitir la entrada de autoridades espirituales en fechas de especial significado para el pueblo indígena y el recluso.

d) Para lo anterior, es necesario realizar un censo de los miembros de pueblos y comunidades indígenas que actualmente se encuentran reclusos en cárceles.

e) Instruir a los jueces y fiscales sobre la necesidad de notificar a las autoridades tradicionales cuando quiera que se procese a un miembro de un pueblo o una comunidad indígena.

6.5.2. Enuncia una serie de derechos fundamentales que se establecen por la necesidad de proteger los derechos de las comunidades indígenas como sujetos de especial protección de la Constitución Nacional, según Sentencia T-921 del 2013: (i) Deberá comunicarse a la máxima autoridad de una comunidad indígena cuando sea investigado uno de sus miembros. (ii) Si se dicta medida de aseguramiento consistente en detención preventiva, o el fiscal que tramite el caso, deberá consultar a la máxima autoridad de su comunidad para determinar si el mismo se compromete a que se cumpla la detención preventiva dentro de su territorio; verificando si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad, permitiendo visitas del INPEC para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. Una vez emitida la sentencia, se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir su pena en el territorio.

6.5.3. Señala los artículos 8, 9 y 10 del Convenio OIT No. 169 sobre los criterios a seguir en el juzgamiento y cumplimiento de la respectiva pena por un sujeto perteneciente a un Pueblo o a una Comunidad Indígena.

6.5.4. Destaca que los derechos deben ser aplicados a cualquier proceso penal en que esté implicado un integrante de un pueblo o comunidad indígena, sin importar si el caso

debe ser conocido por la jurisdicción indígena, asuntos independientes de si se plantea un conflicto de jurisdicción. Manifiesta que es así, porque el derecho de una comunidad a juzgar sus integrantes, no solo es un derecho del procesado, sino además, un derecho del pueblo en mención.

6.5.5. Afirma que el sistema carcelario debe propender por la no afectación de la cultura del individuo perteneciente a un pueblo o comunidad indígena, y debe facilitar los medios para que tal persona no pierda su cultura mientras cumple la condena impuesta por lo que debe recibir un trato diferenciado.

6.5.6. Precisa que el establecimiento penitenciario debe permitir que el indígena practique todos aquellos usos y costumbres que forman parte de su identidad cultural.

6.5.7. Señala que se deben preferir otro tipo de castigos sobre la pena privativa de la libertad cuando se trate de individuos pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas.

6.5.8. Resalta la reclusión en casos especiales que regula el artículo 29 de la Ley 65 de 1993, así como lo preceptuado por la sentencia C-394 de la Corte Constitucional al considerar las condiciones especiales de reclusión así: "En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir, referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la constitución y la ley".

6.5.9. Exceptúa las premisas que ha venido sosteniendo, al expresar que sólo es posible una afectación al derecho a la identidad cultural de un individuo que pertenece a un pueblo o comunidad indígena, si su propia comunidad es quien, por razones especiales como no tener la infraestructura para garantizar el cumplimiento de la pena, solicita que el sujeto sea recluso en establecimiento carcelario ordinario.

6.5.10. Alerta que el INPEC como autoridad penitenciaria no se ha preocupado por efectivizar el derecho a sitios de reclusión especial en el caso de los miembros de comunidades indígenas y considera que esta situación promueve abusos dentro de los

establecimientos ordinarios.

6.6. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD SERGIO ARBOLEDA

A nombre de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, el señor Rodrigo Gonzales Quintero considera que la solicitud de amparo ha de declararse improcedente por los siguientes argumentos:

6.6.1. Señala que el accionante dejó transcurrir bastantes meses entre la expedición del último de los plazos (Agosto del 2013) y la solicitud de amparo. Por lo anterior, citando la sentencia T-499 del 2013 sobre procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, considera que la solicitud ha de declararse improcedente.

6.6.2. Aun así, se refiere a la posibilidad dentro del marco constitucional colombiano a que un indígena condenado por la jurisdicción ordinaria pague su pena en su territorio ancestral y no en una cárcel común.

6.6.3. Diferencia, de un lado la condena proveniente de la justicia indígena donde “es posible que las penas impuestas por los indígenas sean cumplidas en el interior del resguardo según sus prácticas y costumbres, o en un establecimiento del Estado (Sentencia T-097 de 2012. Fundamento jurídico 4.3.)”; y del otro la condena proveniente de la justicia nacional, pues “no es común encontrar eventos en los que la pena privativa de la libertad, o las medidas de aseguramiento impuestas a los indígenas que hayan cometido delitos juzgados por la jurisdicción ordinaria, sean cumplidas en el interior del resguardo, en sus propios centros de reclusión (Sentencia T-097 de 2012, Fundamento jurídico 4.3.)”.

6.6.4. Se refiere a la Ley 65 de 1992, donde se permite al INPEC que autorice el cumplimiento de penas impuestas a indígenas en centros de reclusión especiales, siempre que se realice respetando los principios de diversidad étnica y cultural. Resalta que la Corte Constitucional deja abierta la posibilidad de cumplir la condena en una cárcel no común; (i) siempre que se autorice por el juez competente; (ii) previa habilitación y autorización de la autoridad penitenciaria. Cita como sustento a la Sentencia T-097 del 2012.

6.6.5. Destaca que la no autorización del traslado a su comunidad del señor Mensa por parte del juez competente, el Juzgado Primero de Ejecución de penas y Medidas de

Seguridad, y Tribunal Superior de Distrito Judicial, ambos de Popayán, y la no autorización del INPEC, son consistentes con nuestro marco constitucional.

6.7. INTERVENCIÓN DE LA UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

La Doctora Gloria Amparo Rodríguez, directora de la especialización y de la Línea de investigación en Derecho Ambiental de la Universidad del Rosario considera que no es posible aplicar el fuero indígena en el caso de la referencia y por lo tanto tampoco pueden ser tutelados los derechos invocados por el accionante de acuerdo a las siguientes razones:

6.7.1. Señala que de acuerdo al Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991) los pueblos indígenas tienen el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias y gozar de los derechos que se le reconocen a todas las poblaciones por lo que al aplicarse la legislación interna se deben tener en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario.

6.7.2. Considera que los pueblos poseen sus propias formas de justicia y que para poder aplicar sus prácticas y costumbres tradicionales cuentan con estructuras institucionales como los órganos o consejos judiciales y administrativos los cuales poseen normas y reglamentos mediante los cuales se garantiza el cumplimiento de las leyes consuetudinarias.

6.7.3. Resalta que mediante el artículo 246 de la Constitución los pueblos indígenas pueden administrar justicia en sus territorios desde que sus normas y procedimientos no sean contrarios a la Constitución ni a las leyes de la República.

6.7.4. Manifiesta que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas -DNUDPI- en el artículo 34 establece que los pueblos y comunidades tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan costumbres o sistemas jurídicos, de acuerdo con las normas internacionales de derechos humanos.

6.7.5. Afirma que tales derechos se desarrollan de acuerdo a las cosmovisiones propias de

cada pueblo lo cual significa que la jurisdicción indígena es desarrollada de acuerdo con las concepciones culturales de lo que es el ser humano y el tipo de relaciones que debe tener con sus semejantes y con el medio que lo rodea. Así mismo expresa que a partir de los sistemas de justicia indígena se pueden observar sus organizaciones sociales y los métodos que regulan las conductas a través de las normas consuetudinarias u otros mecanismos de control.

6.7.6. Indica que se deben respetar los métodos tradicionales a los que recurren los pueblos indígenas para reprimir las infracciones cometidas por sus miembros.

6.7.7. Establece que el fuero indígena es el derecho de los miembros de una comunidad indígena a ser juzgados por sus propias autoridades conforme a sus normas y procedimientos, implica que el juicio debe ser realizado por un juez diferente al ordinario.

6.7.8. Expresa que las autoridades indígenas son el juez natural para conocer los delitos cometidos por miembros de su comunidad desde que atiendan los requisitos establecidos por el fuero indígena, los cuales la misma Corte Constitucional ha establecido que son: el personal; el territorio y el objeto.

6.7.9. Señala que en el presente caso se está ante conductas que no tienen que ver con las tradiciones y culturas de los pueblos indígenas y se deben analizar muy bien las implicaciones que tendría la aplicación de la jurisdicción especial indígena.

6.7.10. Resalta que los pueblos indígenas siempre han sido promotores de paz y que han solicitado que se excluyan del conflicto armado del país, por lo que rechazan cualquier actividad que esté relacionada con el enfrentamiento que vivimos especialmente si se trata de sus propios miembros.

6.7.11. Cita la Sentencia T-344 de 1998, mediante la cual esta Corporación indicó que no siempre que esté involucrado un aborigen en conductas reprochables, la jurisdicción indígena sea la competente para conocer del hecho puesto que el fuero indígena tiene límites que se concretan de acuerdo a cada caso.

6.7.12. Determina que en la presente tutela puesta a revisión de la Corte Constitucional se debe determinar si la actividad del Señor Gerson Mensa Puyo fue voluntaria y carecía de

cualquier mecanismo de manipulación ya que de ser así la situación generaría un riesgo para el pueblo al que pertenece.

6.7.13. Concluye indicando que en el caso específico de lograrse establecer que la actividad efectuada por el señor Mensa Puyo fue voluntaria, por el hecho que él mismo ingresó a las filas de la guerrilla voluntaria e intencionalmente, no es posible aplicar el fuero indígena y por lo tanto no se pueden tutelar los derechos invocados por él.

6.8. SUSPENSIÓN DEL PROCESO Y REITERACIÓN DE PRUEBAS

El quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014) se decidió suspender el proceso y se reiteró la orden de “PONER EN CONOCIMIENTO del Jefe del Resguardo Munchique Los Tigres, situado en el municipio de Santander de Quilichao (Cauca), la acción de tutela de la referencia, para que emita su concepto sobre la misma, el cual deberá ser rendido en un término de cinco (05) días después del conocimiento de esta providencia. En especial se le solicitará que señale: (i) si el señor GERSON MENSA PUYO es miembro de su comunidad indígena, (ii) si cuenta con un sitio para garantizar la privación de su libertad en condiciones que garanticen su seguridad y dignidad humana y (iii) si estaría dispuesto a que el accionante cumpla la pena al interior de su resguardo”.

Sin embargo, en esta oportunidad tampoco se obtuvo respuesta del jefe del resguardo Resguardo Munchique Los Tigres.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela del proceso de esta referencia.

2. PROBLEMA JURÍDICO

A partir de los supuestos fácticos planteados anteriormente, el problema jurídico que se

debe resolver consiste en establecer si se vulneró el debido proceso del señor Gerson Mensa Puyo al no habersele juzgado sin la intervención de las autoridades de su resguardo y al haber sido recluido en un establecimiento ordinario.

Para tal fin, la Sala reiterará la jurisprudencia con respecto a: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales; (ii) la jurisdicción indígena, (iii) la privación de la libertad de los indígenas en Colombia; y finalmente; (iv) analizará el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra providencias judiciales.
Reiteración de jurisprudencia.

3.1. El artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 determina que la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión por parte de autoridades públicas o de particulares, que haya vulnerado, vulnere o pueda llegar a vulnerar derechos constitucionales fundamentales.

3.2. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en principio la acción de tutela no procede contra providencias judiciales[1]. Sin embargo, solo en casos excepcionales ésta acción procede frente a esta clase de decisiones cuando las mismas desconocen los preceptos constitucionales y legales que deben seguir, o frente a aquellas situaciones en las que sin desconocer normas superiores el fallo judicial transgrede derechos fundamentales[2].

3.3. Esta misma Corte ha señalado que la procedencia o no de la tutela frente a providencias judiciales depende del cumplimiento de los presupuestos generales, que de cumplirse todos le permiten al juez de tutela revisar los fallos judiciales que se le han puesto en conocimiento[3]. Los presupuestos anteriormente señalados se señalaron mediante la Sentencia C-590 de 2005 así:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional.

b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[4].

c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración[5].

d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[6].

e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[7].

f. Que no se trate de sentencias de tutela[8]”[9].

3.4. Cuando se compruebe que se cumplen los requisitos generales ya mencionados, el peticionario tendrá que demostrar que se está frente a una de las causales específicas de procedencia en la cual pudo incurrir la autoridad judicial al expedir el fallo que se cuestiona.

3.5. Los fallos de esta Corporación han considerado a las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales como las actuaciones mediante las cuales se soluciona un conflicto de carácter jurídico y en las que se adopta una conducta contraria al ordenamiento jurídico actual vulnerando de esta manera derechos fundamentales. Por lo anterior, y al no contar con un mecanismo efectivo para solucionar esa circunstancia se recurre a la acción de tutela como el medio idóneo y eficaz para tomar las medidas que permitan restablecer los derechos fundamentales que fueron afectados por una decisión judicial[10].

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado como causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela, las siguientes:

“a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

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

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

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales[11] o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

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

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

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado[12].

h. Violación directa de la Constitución.”[13]

4. LA JURISDICCIÓN INDÍGENA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

En este apartado se realizará un análisis de las características más relevantes referentes a la jurisdicción indígena: (i) alcance y elementos de la jurisdicción indígena; (ii) límites de la jurisdicción indígena; (iii) los principios aplicables para resolver asuntos relacionados con conflictos y tensiones entre la normatividad ordinaria o “nacional” y la normatividad propia de cada una de las comunidades indígenas; (iv) el fuero indígena y; (v) el Derecho Penal ante los indígenas en un Estado Pluralista.

4.1. ALCANCE Y ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

4.1.1. La Constitución Política de 1991 permite que las autoridades de los pueblos indígenas puedan desempeñar funciones jurisdiccionales dentro de sus territorios de

acuerdo a sus normas y procedimientos los cuales no pueden ser contrarios a la Carta Política ni a la Ley[14]. De acuerdo a lo anterior, ejercer la jurisdicción indígena no depende de una ley determinada ya que por su carácter constitucional no queda sin efecto por el hecho de no existir una ley que así lo determinara[15].

4.1.2. En el artículo 246 Superior está consagrada la jurisdicción indígena, la cual se fundamenta en la autonomía de los pueblos indígenas[16], en la diversidad étnica y cultural (art. 7 CP), el respeto al pluralismo y en la dignidad humana (art. 1 CP)[17]. Igualmente, se reconoce en diferentes disposiciones del Convenio 169 de la OIT, el cual a su vez conforma el bloque de constitucionalidad, como su artículo 9º, según el cual: “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 ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.[18]

4.1.3. De esta manera, la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales en su propio territorio y frente a los miembros de sus comunidades es un derecho que se expresa a través de la autonomía de los pueblos indígenas[19] y que por lo tanto se puede salvaguardar también a través de la acción de tutela:

“(e)l juez constitucional y los jueces ordinarios, en cada caso concreto, con el fin de preservar los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas y de los terceros vinculados a las mismas, pueden intervenir en asuntos relacionados con dichas comunidades, pero sopesando los límites de su intervención, de manera que se logre restablecer el orden jurídico quebrantado sin resquebrajar el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía e independencia”[20].

4.1.5. Así mismo, se ha establecido que existen dos (2) dimensiones respecto a la jurisdicción indígena: (i) un resultado y un instrumento de protección de la diversidad étnica y cultural del pueblo colombiano la cual es garantizada a través de la Constitución y en particular de la identidad y la autonomía de las comunidades indígenas y; (ii) desde la perspectiva individual, y específicamente en materia penal, constituye un fuero especial para los indígenas[23].

4.1.5.1. De igual manera, han sido reconocidos cuatro (4) elementos respecto a la

jurisdicción indígena dentro de nuestro ordenamiento constitucional[24], los cuales son: (i) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, (ii) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, (iii) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y (iv) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.[25]

4.1.5.2. Por lo anterior ésta Corporación indicó que la jurisdicción indígena implica, entre otros, los siguientes elementos: (i) Un elemento humano, respecto a la existencia de un grupo diferenciado tanto por el origen étnico como por la persistencia diferenciada de su identidad cultural; (ii) Un elemento orgánico, que se constituye de acuerdo a la existencia de autoridades tradicionales que desempeñan un papel de control social al interior de las comunidades; (iii) Un elemento normativo, que permita que la comunidad se oriente de acuerdo a un sistema jurídico propio constituido de acuerdo a las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental; (iv) Un ámbito geográfico, según el cual la norma que establezca la jurisdicción indígena remita al territorio y que mediante el artículo 329 de la Constitución deba conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades. y; (v) Un factor de congruencia, puesto que el orden jurídico tradicional de las comunidades no puede ir en contra de la Constitución ni de la ley[26].

4.1.5.3. Conforme a lo expuesto anteriormente, la jurisdicción indígena se constituye como una figura fundamental para un Estado pluralista fundado en la autonomía de los pueblos indígenas, en la diversidad étnica y cultural, el respeto al pluralismo y la dignidad humana permitiendo que se ejerzan funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley.[27].

4.2. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA.

En varios de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional ha considerado que existen unos límites respecto al desarrollo de la jurisdicción especial indígena:

4.2.1. La Sentencia T-254 de 1994 consideró como un límite al principio de diversidad étnica y constitucional la consagración de derechos fundamentales y su vigencia dentro de los territorios indígenas, acogidos en el plano del Derecho Internacional, reconocidos por el

Convenio 169 de la O.I.T., referente a pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por el Congreso mediante la Ley 21 de 1991[28].

4.2.2. La Sentencia C-139 de 1996 manifestó que no se pueden desconocer las disposiciones constitucionales o legales (artículos 246 y 330), desde que el límite a la diversidad tenga una justificación constitucional basándose en un principio constitucional que tenga un valor mayor al de la diversidad étnica y cultural[29]. Por lo anterior, el ejercicio del control interno se debe efectuar con mínimos aceptables que solo deben estar relacionados a aquello que se vuelve intolerable por atentar contra aquellos bienes más preciados del hombre como el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura[30].

4.2.3. La Sentencia T-266 de 1999 consideró que la posibilidad que tienen las comunidades indígenas para crear normas no implica el surgimiento de delitos nuevos dentro de sus territorios, que no existan en el país o de procedimientos que vayan en contra de nuestro sistema, por lo anterior se manifestó que “con el objeto de respetar la diversidad étnica y cultural, no se podría admitir una pena de muerte en un territorio de estos, o procesos como la tortura para hacer confesar al reo. Por lo anterior, se garantiza sí la diversidad, pero las sanciones y procedimientos deberán ser conforme a nuestras leyes y Constitución Política”[31].

4.2.4. La Sentencia T-549 de 2007 resaltó la existencia del derecho que tienen las autoridades de las comunidades indígenas para desempeñar funciones jurisdiccionales, dentro de su territorio y de acuerdo a sus usos y costumbres siempre y cuando aquellos no sean contrarios a la Constitución ni a la Ley, especialmente el debido proceso y el derecho a la defensa[32].

4.2.5. La Sentencia C-882 de 2011 también se refirió sobre la existencia de los límites de la jurisdicción especial indígena tales como el respeto de derechos humanos y la realización de actos arbitrarios que lesionen de severamente la dignidad humana afectando el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad[33]:

“En primer término, ha defendido una teoría de mínimos en términos de derechos humanos que no pueden librarse a la autonomía de los pueblos indígenas. Estos mínimos también han sido denominados núcleo duro de los derechos humanos.[34] Una de las primeras

oportunidades en las que la Corte se pronunció sobre tales mínimos fue en la sentencia T-349 de 1996[35], al revisar la tutela interpuesta por un miembro de la comunidad indígena embera-chamí contra las autoridades del cabildo, por imponerle una pena de 20 años por el homicidio de otro indígena, en su concepto, con desconocimiento del debido proceso. La Corte consideró en este fallo que la jurisdicción especial indígena y la posibilidad de gobernarse por leyes propias encuentran límites en “(...) lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.” En el caso bajo revisión, la Corte estimó que la comunidad había excedido sus facultades jurisdiccionales y desconocido el debido proceso del actor -uno de los derechos mínimos que limitan la jurisdicción especial indígena- por imponerle una sanción no prevista de antemano por el derecho propio de la comunidad, es decir, una sanción no previsible.

En segundo término, la Corte también ha indicado que constituye un límite de la jurisdicción especial indígena “la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad.”[36] Como se indicó en la sentencia T-514 de 2009[37], el concepto de derechos fundamentales es distinto al de “núcleo duro de los derechos humanos”, que son solamente los delimitados en las sentencias antes analizadas. El límite que ahora se explora se refiere a los contenidos que no pueden ser limitados de todos los derechos fundamentales de los miembros de las comunidades indígenas”[38].

4.2.6. La Sentencia SU-510 de 1998 señaló que la efectividad de los derechos de las comunidades o pueblos indígenas establece que los límites aplicables a su autonomía normativa y jurisdiccional solo pueden referirse “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre: (i) En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29); (ii) en segundo término, la Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”.[39]

4.2.7. La Sentencia T-001 de 2012 manifestó que los límites se refieren al núcleo duro de los derechos fundamentales y que estén reconocidos por los principios de ius cogens, reiterados en las sentencias T-349 de 1996[40] y SU-510 de 1998[41], pronunciamientos mediante los cuales ésta Corporación indicó que los bienes más preciados para los seres humanos y que implican un límite para la jurisdicción especial indígena están constituidos “(...) por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29).”[42] En este sentido, señaló que “la facultad de las autoridades de los pueblos indígenas para resolverlo, está sometida al respeto de los derechos a la vida, a la prohibición de la tortura, los tratos crueles, degradantes e inhumanos y al debido proceso, que son principios de mayor monta que la diversidad étnica y cultural y sobre los cuales existe un verdadero consenso intercultural”[43].

4.2.8. La Sentencia T-097 de 2012 señaló que los límites permitidos respecto a la autonomía indígena tienen que ver con aquello “a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre”,[44] o sobre los derechos que sin importar la cultura que sea, se deben garantizar tales como la vida, la dignidad humana, la prohibición de tortura, la esclavitud y el debido proceso[45]. Sin embargo, esta Corte reconoció que se deben analizar las circunstancias específicas de cada caso, el grado de aislamiento de las propias comunidades, y los criterios y principios interpretativos para resolver los conflictos entre las dos jurisdicciones[46].

4.2.9. La Sentencia T - 921 de 2013[47], reconoció la existencia de los siguientes límites a la jurisdicción indígena:

- (i) Los derechos fundamentales y su vigencia al interior de los territorios indígenas, por lo que no se puede afectar el núcleo duro de los derechos humanos.
- (ii) La Constitución y la ley y en especial el debido proceso y el derecho de defensa.
- (iii) Lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre constituidos por el derecho a la vida, por las prohibiciones de la tortura y la esclavitud y por legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas.
- (iv) Evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la

dignidad humana.

4.3. EL FUERO INDIGENA. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA.

4.3.1. Concepto

4.3.1.2. De esta manera, el fuero indígena se convierte en un método para la preservación étnica y cultural de Colombia, al conservar normas, costumbres, valores e instituciones de las comunidades indígenas al interior del territorio del que hacen parte, siempre que las mismas no sean contrarias al ordenamiento jurídico que prevalezca[49].

4.4.2. Criterios para determinar la aplicación del fuero indígena

Igualmente, y conforme a lo expuesto con antelación, se ha generado un desarrollo progresivo frente al reconocimiento de los criterios necesarios para aplicar el fuero indígena:

4.4.2.1. La Sentencia T-496 de 1996 manifestó que se generan dos (2) factores para determinar la jurisdicción indígena: (i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y; (ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[50].

4.4.2.2. La Sentencia T-934 de 1999 reconoció que se son necesarios dos (2) elementos para determinar la jurisdicción aplicable a una persona que haga parte de alguna de las comunidades que tienen reconocida una jurisdicción especial: “El primero, aplicable al individuo en razón a su pertenencia o no a la comunidad indígena que permita su sometimiento a las normas y procedimientos que la rigen. El segundo, relacionado directamente con la conducta desarrollada y su ocurrencia al interior del territorio indígena”[51].

4.4.2.3. La Sentencia T-728 de 2002 sostuvo que el fuero indígena cuenta con dos elementos fundamentales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”[52] y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan

ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[53].

4.4.2.4.La Sentencia T-552 de 2003 consideró por su parte que el fuero indígena tiene tres elementos esenciales, los cuales son: (i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”[54]; (ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[55] y (iii) el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”[56]. Así mismo, esta sentencia reconoció que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que “(i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado; (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley”[57].

4.4.2.5.La Sentencia T-1238 de 2004 indicó los elementos del fuero indígena[58] y expresó respecto al elemento subjetivo que “el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnicos. Por ello no basta con acreditar que una persona pertenece a una determinada etnia como presupuesto, junto con los demás, para la procedencia del fuero. Es necesario, además, acreditar que la persona se encontraba integrada a una comunidad y vivía según sus usos y costumbres”.[59]

4.4.2.6.La Sentencia T-009 de 2007 señaló los elementos necesarios para establecer la competencia de la jurisdicción indígena conforme a la jurisprudencia constitucional: (i) personal (el miembro de la comunidad indígena ha de ser juzgado de acuerdo a sus usos y costumbres); (ii) geográfico (cada comunidad puede juzgar los hechos que se generen dentro de su territorio, de acuerdo a sus propias normas). Igualmente, consideró que para que se aplique la jurisdicción indígena “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, la definición de un ámbito territorial en el cual ejercen su autoridad, además de la existencia de usos y prácticas tradicionales sobre la materia del caso y, la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley en lo que respecta a los límites mínimos señalados en la sentencia”[60].

4.4.2.7. La Sentencia T-1026 de 2008 expresó que el fuero indígena se fundamenta en tres elementos esenciales: “i) el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad”[61]; ii) el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”[62] y iii) el objetivo, “referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”[63].

4.4.2.8. La Sentencia T-617 de 2010 expresó la existencia de un factor personal, territorial, orgánico o institucional, y objetivo para poder determinar el fuero indígena. Este pronunciamiento determinó las subreglas sobre cada elemento del fuero y los criterios necesarios para interpretarlos en donde toman especial importancia las relacionadas con los elementos personal y objetivo:

Frente al elemento personal se hizo una diferenciación entre las consecuencias de las hipótesis respecto a que el delito haya sido ejecutado al interior o fuera del territorio de la comunidad indígena, y se reconocen los efectos del error de prohibición culturalmente condicionado y de la diversidad sociocultural:

“(S-i) Cuando un indígena incurra en una conducta calificada como delito por la ley penal (o socialmente nociva dentro de una cultura indígena), en el ámbito territorial de la comunidad indígena a la cual pertenece, las autoridades tradicionales de la misma tendrán competencia para conocer el asunto.

(S-ii) Cuando una persona indígena incurra en una conducta tipificada por la ley penal por fuera del ámbito territorial de la comunidad a la que pertenece, y el caso es asumido por la justicia ordinaria, el juez de conocimiento deberá establecer si la persona incurrió en un error invencible de prohibición originado en su diversidad cultural y valorativa:

(S-ii.1) Si el juez responde afirmativamente esta pregunta, deberá absolver a la persona;

(S-ii.2) En caso de que el operador judicial concluya que no se presentó error invencible, pero que la persona sí actuó condicionada por su identidad étnica, deberá remitir la actuación a las autoridades del resguardo, de acuerdo con la interpretación que esta Corporación ha efectuado de la inimputabilidad por diversidad cultural.

(S-ii.3) Si el juez de conocimiento concluye que no se presentó error invencible, y que el actor no se vio condicionado por parámetros culturales diversos en su actuar, entonces es posible concluir que el individuo ha sufrido un proceso de “aculturación”, lo que aconseja que el caso sea conocido por la jurisdicción ordinaria”[64].

Respecto al elemento objetivo, las subreglas que fueron expuestas se relacionaron con la naturaleza del bien jurídico vulnerado por el delito y fueron las siguientes:

“(S-xi) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece, de forma exclusiva a la comunidad indígena, el elemento objetivo sugiere la remisión del caso a la jurisdicción especial indígena

(S-xii) Si el bien jurídico afectado, o su titular pertenece exclusivamente a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo orienta al juez a remitir el caso a la jurisdicción ordinaria.

(S-xiii) Si, independientemente de la identidad cultural del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria, el elemento objetivo no determina una solución específica.

(S-xiv) Cuando la conducta investigada sea de especial nocividad en concepto de la cultura mayoritaria, de acuerdo con la subregla (S-xv), la decisión no puede ser la exclusión definitiva de la jurisdicción especial indígena; el juez, en cambio, debe efectuar un análisis más detallado sobre la vigencia del factor institucional, para asegurarse de que la remisión a la jurisdicción especial indígena no derive en impunidad, o en una situación de desprotección para la víctima”[65].

4.4.2.9. La Sentencia C-882 de 2011 insistió sobre los criterios tradicionales utilizados en el derecho que permiten establecer la competencia:

“Con el factor personal se determinan los sujetos de juzgamiento y de la relación procesal, activa y pasiva. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas deben ocuparse del juzgamiento de sus propios integrantes. Es más, para la Corte, la pertenencia a una comunidad otorga a sus miembros un fuero especial conforme al cual deben ser juzgados por sus propias autoridades y según el derecho propio. El fuero de jurisdicción garantiza el

respeto por la particular cosmovisión de las comunidades indígenas.[66] No obstante, es necesario aclarar en relación con este elemento, que no es suficiente con que el sujeto haga parte de la comunidad, es preciso además que esté integrado a ella y viva según sus usos y costumbres. (...)

El factor territorial, de otra parte, permite que cada comunidad juzgar las conductas cometidas en su ámbito territorial y aplicar su sistema jurídico dentro del mismo.[67] La jurisprudencia ha considerado que este elemento se refiere de manera concreta a la existencia de una comunidad indígena organizada, con vocación de pertenencia sobre la tierra que ocupa y con su convivencia regida por su cultura. (...)

El factor objetivo, finalmente, hace referencia a las materias sobre las que versan las controversias que deben ser dirimidas. La Corte ha sostenido que las comunidades indígenas pueden conocer de casi cualquier tipo de controversia que suscite la aplicación de su derecho propio”.[68]

Igualmente, en este pronunciamiento la Corte Constitucional reconoció que tales criterios no resultan ser absolutos: “(i) en casos de conductas realizadas en el territorio de una comunidad, pero que causan daños a terceros ajenos, es posible que el asunto deba ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.[69] (ii) De igual forma, como en el caso analizado en la sentencia T-496 de 1996[70], es posible que pese a que una conducta reprochada por una comunidad haya sido cometida por uno de sus miembros dentro de su territorio, el caso deba ser remitido a la jurisdicción nacional debido a la no pertenencia de la víctima a la comunidad y al grado de integración del infractor a la cultura mayoritaria.[71] (iii) También es posible, como en el caso examinado en la sentencia T-1238 de 2004[72], que una falta que tuvo lugar fuera del territorio, deba ser sometida a la jurisdicción de la comunidad por haberse realizado contra un miembro de la misma”.[73]

4.4.2.10. La Sentencia T-001 de 2012 se refirió al estudio sobre los criterios y elementos del fuero indígena: (i) el criterio objetivo, relacionado con la facultad que tienen las comunidades indígenas para conocer sobre casi cualquier conflicto respecto a la aplicación del derecho propio; (ii) el criterio personal referente a que “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su propia comunidad”; (iii) el elemento territorial, conforme al cual las autoridades indígenas tengan la facultad de juzgar, “las conductas que tengan

ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”; (iv) el criterio institucional u orgánico mediante el cual se reconoce la existencia de autoridades, usos, costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad[74].

4.4.2.11. La Sentencia T-002 de 2012 sistematizó los elementos necesarios para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena: El elemento personal, en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena; el elemento territorial, mediante el cual se permite que la comunidad pueda aplicar sus usos y costumbres dentro de su ámbito territorial; el elemento institucional u orgánico, en el que se hace necesaria la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; y el elemento objetivo a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.[75]

4.4.2.12. Conforme a la reiterada jurisprudencia constitucional sobre el tema, se tiene entonces que para aplicar el fuero penal indígena se hace necesario analizar cuatro (4) criterios:

(i) El elemento personal en el que se hace necesario que el acusado de un hecho punible o socialmente nocivo haga parte de una comunidad indígena y respecto al que se determinan 2 supuestos de hecho: “(i) si el indígena incurre en una conducta sancionada solamente por el ordenamiento nacional “en principio, los jueces de la República son competentes para conocer del caso. Sin embargo, por encontrarse frente a un individuo culturalmente distinto, el reconocimiento de su derecho al fuero depende en gran medida de determinar si el sujeto entendía la ilicitud de su conducta”; (ii) si el indígena incurre en una conducta sancionada tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción indígena, el intérprete deberá tomar en cuenta “(i) la conciencia étnica del sujeto y (ii) el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece. Ello en aras de determinar la conveniencia de que el indígena sea procesado y sancionado por el sistema jurídico nacional, o si corresponde a su comunidad juzgarlo y sancionarlo según sus normas y procedimientos”.

Por lo anterior, se estableció que se observan como elementos orientadores que permitan

definir la competencia los siguientes: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”[76].

(ii) El elemento territorial que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, de lo cual se derivan 2 criterios interpretativos: “(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: “Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”[77].

(iii) El elemento institucional u orgánico, en el que se hace necesaria la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; lo anterior significa que: (i) existe un poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) adicionalmente un concepto genérico de nocividad social. Adicionalmente este elemento se conformaría por 3 criterios de interpretación: “La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado[78]; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos[79] y La satisfacción de los derechos de las víctimas”[80].

(iv) El elemento objetivo a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.[81].

5. EL DERECHO PENAL ANTE LOS INDÍGENAS EN UN ESTADO PLURALISTA

Se ha establecido que la protección de las comunidades indígenas respecto a la aplicación del Derecho penal no se limita al fuero penal indígena, ya que implica adicionalmente que se reconozcan determinadas garantías aplicables dentro de los procesos penales ordinarios si el investigado es un indígena.

5.1. Modelos de aplicación del Derecho penal

A nivel mundial han sido propuestos diferentes modelos relacionados con el tratamiento de los delitos realizados por individuos que conforman un pueblo indígena[82]:

5.1.1. El modelo absoluto de la jurisdicción indígena, mediante el cual los indígenas serán investigados y juzgados siempre por la comunidad a la cual pertenecen[83].

5.1.2. El modelo clásico de la inimputabilidad, en el que se considera a los “indígenas no civilizados” como incapaces indicando que el delito que fue cometido se entiende “porque mecanismos de desadaptación social frente a la civilización del blanco lo hacen chocar entre normas de culturas que desconoce o no comprende; falta en él aquella madurez intelectual que se requiere para convivir en nuestro medio social”[84]. Las críticas a este sistema se presentan por cuanto se indica que se fundamenta en una consideración errada del indígena como un incapaz y por implicar un sesgo peyorativo hacia esta cultura[85].

5.1.3. El modelo de las defensas, que indica que la evidencia cultural se puede usar como una defensa para excluir o reducir la punibilidad en el sistema anglosajón, tal como se ha planteado en los casos: Kimura, Chen, Moua, Kargar y Saeturn en los Estados Unidos[86].

5.1.4. El modelo del error de prohibición (o comprensión) culturalmente condicionado, en el que se contempla la posibilidad de que el indígena puede incurrir en un error sobre el conocimiento de la ilicitud motivada en aspectos culturales que puede eximir la culpabilidad de la conducta[87].

5.1.5. El modelo de los delitos culturalmente motivados, se basa en unos elementos de análisis específico en aquellos delitos que son “la expresión de la cultura de todo un grupo étnico, cuyos miembros se habrían comportado como se ha comportado el sujeto activo”[88], lo anterior puede ser verificado en 3 fases: (i) una dimensión subjetiva que implica la existencia concreta de un motivo cultural para la comisión del delito; (ii) una dimensión objetiva que implica que el mismo es la expresión de la cultura del grupo étnico minoritario y; (iii) la diferencia de valoración entre ambos sistemas[89].

5.1.6. El modelo de la inimputabilidad por diversidad sociocultural, propone que en algunas circunstancias los indígenas presentarían la incapacidad de comprender el carácter

delictual del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre[90].

5.2. El modelo adoptado en Colombia

Nuestro ordenamiento jurídico no ha adoptado una sola teoría sino que ha determinado tres (3) opciones para el asumir los asuntos penales en donde el sindicado resulte ser un indígena: “(i) En primer lugar, está el fuero especial indígena que se deriva de la Constitución, del cual, sin embargo, como se ha visto, el elemento étnico es sólo una condición parcial; (ii) en segundo lugar, en el ordenamiento penal está prevista la inimputabilidad por diversidad sociocultural, y, finalmente, (iii) también puede aplicarse, como causal de exclusión de la responsabilidad, el error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, caso en el cual la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable, conforme a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-370 de 2002”[91].

5.2.1. Eventos en los cuales se aplica el fuero penal indígena

En Colombia, se reconoce plenamente que existe un fuero indígena basado en la autonomía de los pueblos indígenas, que no tendría ningún sentido si no se reconocieran reglas específicas sobre la valoración de la conducta del indígena y de su culpabilidad.[92]

Sobre el principio de legalidad en el procedimiento y, en el campo penal, de los delitos y de las penas, su exigencia en este caso no puede sobrepasar aquello que resulta fundamental para asegurar la previsibilidad de las actuaciones de las autoridades, ya que si no es así el requisito implicaría el desconocimiento absoluto de las formas propias de la elaboración de normas y de los rituales autóctonos para el juzgamiento, resultando necesario indagar sobre la especificidad de la organización social y política de la comunidad específica, y de los caracteres de su ordenamiento jurídico[93].

Igualmente, frente al tema de la culpabilidad “el intérprete deberá tomar en cuenta 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”[94].

5.2.2. Reglas que deberán ser aplicadas por los jueces en aquellos eventos en los cuales no se aplica el fuero penal indígena

La existencia de criterios especiales para aplicar la jurisdicción indígena implica que en algunas circunstancias los indígenas se juzguen por la justicia ordinaria. No obstante, lo anterior no implica que puedan juzgarse conforme a las mismas reglas que las personas que no integran la cultura mayoritaria por cuanto existen garantías especiales para aplicar por los jueces ordinarios en estos casos desde que el sujeto activo sea un indígena:

5.2.2.1. En primer lugar, se debe analizar si se aplica la causal de inimputabilidad de diversidad sociocultural, consagrada en el artículo 33 del Código Penal, la cual se presentaría cuando el indígena no tiene la capacidad de comprender el carácter delictuoso del acto o de determinarse según esta apreciación por razones de cultura o de costumbre[95].

De esta manera, la inimputabilidad no se desprende “de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente”[96] y por lo tanto para que se configure se necesitan tres requisitos: (i) que la persona, al realizar la conducta típica y antijurídica, no tenga la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse conforme con esa comprensión, por diversidad sociocultural; (ii) que la persona pertenezca a una cultura con un medio cultural propio definido, al cual pueda reintegrarse ese individuo; y (iii) que esa cultura cuente con autoridades, reconocidas por el Estado, con las cuales se pueda coordinar dicho reintegro[97].

5.2.2.2. En segundo lugar, se puede determinar la configuración de un error de prohibición culturalmente condicionado, que se genera en circunstancias en donde el vínculo cultural no le permita a la persona conocer sobre la ilicitud de su comportamiento[98]. Para que en estas circunstancias esta clase de error elimine la culpabilidad, debe ser invencible o inevitable conforme al numeral 10° del artículo 32 del Código Penal.

Frente a aquellas circunstancias en donde el error sea vencible o evitable si la persona hubiera actuado de manera diligente y en los casos en los cuales la persona conocía la ilicitud de su conducta pero no pudo determinar su comportamiento de acuerdo a ese

conocimiento, no operaría el error de prohibición culturalmente condicionado, y se deberá evaluar si se configura una inimputabilidad por diversidad sociocultural[99].

De acuerdo a lo anterior, el juez se encuentra en la obligación de valorar en cada caso la situación específica del indígena, analizando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para procurar determinar si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito[100]:

“Los miembros de comunidades indígenas, como sujetos éticos, son y se ven como distintos y esa diferencia genera modos de reflexionar diversos que no pueden ser equiparados con una inferioridad síquica o, en otros términos, con inmadurez psicológica o transtorno mental. De acogerse una interpretación en tal sentido, se desconocería la capacidad de autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a sus valores, además de enfatizarse una cierta connotación peyorativa: “retraso mental cultural”. En ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho, además de pretender desarrollar un concepto de sujeto referido a características que se creen “naturales” en el grupo que las predica. No quiere decir lo anterior, que el indígena que es juzgado a la luz del derecho penal, deba ser tratado siempre como alguien que conocía y comprendía la ilicitud de un acto. El juez, en cada caso, debe hacer un estudio sobre la situación particular del indígena, observando su nivel de conciencia étnica y el grado de influencia de los valores occidentales hegemónicos, para tratar de establecer si conforme a sus parámetros culturales, sabía que estaba cometiendo un acto ilícito. De determinarse la falta de comprensión del contenido y alcance social de su conducta, el juez deberá concluir que ésta es producto de una diferencia valorativa y no de una inferioridad en las capacidades intelecto-volitivas; en consecuencia ordenará devolver al indígena a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades”[101].

5.2.2.3. En tercer lugar, para solucionar cada caso en concreto se necesita adelantar un estudio de las circunstancias específicas de la cultura indígena, ya que de no ser así se afectaría la integridad étnica y cultural de esta parte de la población, aspecto que fue reconocido por esta Corporación mediante la Sentencia T-778 de 2005[102]:

“Como lo ha dispuesto la jurisprudencia, es necesario efectuar excepciones culturales a reglas generales cuando dicha excepción responda a la aplicación de un mandato constitucional y esa aplicación no vulnere un derecho individual o valor constitucional considerado de mayor peso. En el apartado 4.4 de esta providencia se estableció que éstos son el respeto al derecho a la vida, la prohibición a la tortura, la responsabilidad individual por los actos, la proporcionalidad de la pena a la gravedad de la falta, todo ello desde el punto de vista de la cosmovisión propia de cada pueblo indígena”.

Frente a lo anterior, en algunas circunstancias las condiciones específicas de una cultura indígena pueden afectar el estudio de los elementos de la norma, como ocurrió en el caso de Ati Quigua[103], en el cual se reconoció una excepción etno cultural a la norma que establece el requisito de edad para ser concejal de Bogotá.[104]

5.2.2.4. Por último, se debe tener en cuenta que en los casos en donde el indígena deba cumplir la pena en un establecimiento penitenciario y/o carcelario perteneciente al sistema ordinario, éste último debe procurar que no se afecte la cultura de este sujeto respetando sus usos y costumbres.

Respecto a éste último aspecto, la Corte Constitucional ha considerado que la pena además de limitar una serie de derechos, no puede afectar bajo ninguna circunstancia la dignidad humana del interno[105], derivándose así una protección especial para los indígenas en los establecimientos penitenciarios y/o carcelarios, para impedir que los mismos sean sometidos a tratos que los hagan renunciar a sus propias costumbres.

De esta manera, la Jurisprudencia constitucional ha establecido que si las propias comunidades solicitan que los indígenas puedan cumplir su condena en un establecimiento penitenciario ordinario[106], tales establecimientos necesitan la infraestructura suficiente para recibirlos sin que se vea afectada 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”[107].

De igual forma, se debe resaltar que la pena tiene una función resocializadora, esto es, de reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno[108], por lo cual en aquellos casos en donde sea aplicada la jurisdicción ordinaria, la pena frente a los indígenas debe permitirles reintegrarse a su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria.[109]

5.3. El cumplimiento de la pena al interior del resguardo

El castigo es un agente cultural que transforma la identidad del individuo, a través de mecanismos de clasificación, restricción y autorización, estandarizando su conducta de acuerdo a patrones generales[111], afectando directamente la cultura del indígena, sin importar los esfuerzos que realice el INPEC para evitar que se presente este proceso. Igualmente, por el simple hecho de privar de la libertad a un indígena en un establecimiento ordinario se genera que se transforme de manera absoluta su identidad étnica y cultural, lo cual se presenta tanto si el indígena es juzgado ante la jurisdicción ordinaria, como si se procesa por la jurisdicción indígena y luego es recluido en un establecimiento común[112].

Frente a este tema, la Sentencia T-097 de 2012[113] manifestó que “Los indígenas no debían ser recluidos en establecimientos penitenciarios corrientes si esto significaba un atentado contra sus valores culturales y desconocía el reconocimiento exigido por la Constitución” y de igual manera recordó lo señalado en la Sentencia C-394 de 1995[114]: “En cuanto a los indígenas debe señalarse que esta expresión no es genérica, es decir referida a quienes, como es el caso de un alto porcentaje de la población colombiana, tengan ancestros aborígenes, sino que se refiere exclusivamente a aquellos individuos pertenecientes en la actualidad a núcleos indígenas autóctonos, cuya cultura, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y la ley. Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes, implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional;

de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”.

Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido que se puede recluir de manera excepcional a los indígenas en establecimientos ordinarios cuando lo determinen de esta manera las propias comunidades a las que pertenecen a través de la colaboración armónica entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, resaltando que la mayoría de los resguardos no tienen la infraestructura adecuada para vigilar que se cumplan las penas privativas de la libertad al interior de su territorio[115]. Por lo anterior, es necesario señalar que esta situación es aplicable, en aquellos eventos en donde las propias autoridades indígenas determinen que el cumplimiento de la pena se realice en establecimientos ordinarios, como fue afirmado mediante las Sentencias T-239 de 2002[116], T-1294 de 2005[117] y T-1026 de 2008[118].

Por los anteriores señalamientos, se tiene que la limitación del derecho a la identidad cultural se justifica solo si la propia comunidad indígena basada en motivos excepcionales requiere que la pena sea cumplida en un establecimiento ordinario, pero no en aquellos casos en donde la comunidad autoriza al indígena que cumpla su detención preventiva o su pena al interior de su territorio. Tal interpretación impide que se vea afectada gravemente la identidad cultural de los indígenas que son privados de la libertad en establecimientos penitenciarios o carcelarios ordinarios, en donde padecen un proceso de pérdida cultural y adoptan las costumbres y usos de la cultura mayoritaria, teniendo que desembocar en la sociedad occidental[119].

Por tal motivo, y así como a través de la colaboración armónica entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, esta Corte permitió que los indígenas cumplieran sus penas privativas de la libertad en establecimientos ordinarios, se estableció que tal colaboración permite que la jurisdicción indígena apoye a la jurisdicción ordinaria, autorizando que los indígenas privados de la libertad cumplan su detención o pena dentro del resguardo, evitando de esta manera los terribles efectos culturales de recluir a un indígena al interior de un establecimiento ordinario[120].

Esta circunstancia exige que sean implementadas medidas urgentes frente al evidente proceso masivo de afectación de un derecho fundamental esencial para los indígenas como lo es la identidad cultural. De esta manera, tales medidas deben estar

dirigidas a determinar exclusivamente el lugar de privación de la libertad, por lo que no afectan la naturaleza ni la duración de la pena o medida impuesta, toda vez que la simple reclusión de un indígena al interior de un establecimiento ordinario afecta su cultura, tal como lo señaló el Informe de la Defensoría del Pueblo sobre la situación de los indígenas privados de la libertad en Colombia[121].

Igualmente, la Sentencia T - 921 de 2013[122] estableció una serie de medidas para garantizar la identidad y la integridad cultural de los indígenas que se encuentran privados de la libertad en Colombia:

(i) Siempre que el procesado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se exigirá la vinculación de la máxima autoridad de su comunidad o su representante.

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

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará con la máxima autoridad de la comunidad indígena para indagar si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá comprobar que la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no esté en el

lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. Si el resguardo no cuenta con la infraestructura necesaria para garantizar la privación de la libertad se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

6. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta que la acción presentada por el señor Gerson Mensa Puyo se dirige contra providencias judiciales de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, a continuación se analizará si cumple con los requisitos generales y materiales de procedencia de la acción de tutela sobre decisiones judiciales.

6.1. EXAMEN DE LOS REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA EN EL CASO CONCRETO

En el presente caso, la Sala considera que sí se cumplen los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales señalados por la jurisprudencia constitucional:

6.1.1. Relevancia constitucional

El asunto en estudio tiene una evidente relevancia constitucional, toda vez que comporta, entre otros, la posible vulneración de los derechos a la autonomía y la integridad cultural, así como también el presunto desconocimiento de la jurisdicción indígena

6.1.2. Identificación de los hechos generadores de la vulneración y de los derechos presuntamente afectados

La simple lectura de los antecedentes de esta sentencia muestra que la solicitud de tutela identifica plenamente tanto los hechos que generaron la supuesta vulneración, como los derechos fundamentales que se consideran violados. De esta forma, también se cumple este requisito de procedencia de la acción de tutela.

6.1.3. No presentación contra una acción de tutela

Es evidente que el presente asunto no pretende discutir una sentencia de tutela sino

decisiones de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

6.1.4. Inmediatez

Respecto del requisito de inmediatez, se observa que si bien la última decisión cuestionada fue proferida por Tribunal Superior de Popayán el 6 de junio de 2013, el accionante todavía se encuentra cumpliendo su pena y por ello persistiría la afectación de sus derechos fundamentales.

En este sentido, no se comparte la posición de la sentencia de primera instancia de este proceso de tutela que señaló que no se presentaba el requisito de inmediatez, pues el accionante se encuentra en este momento privado de la libertad y además la sentencia C - 921 de 2013, que establece la posibilidad de que los indígenas cumplan la pena al interior de su comunidad, fue expedida el 5 de diciembre de 2013, es decir, varios meses después de que fue proferida la sentencia accionada.

6.1.5. Subsidiariedad

Finalmente, frente al requisito de inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial, la Sala advierte que en el presente evento el actor no cuenta con otro instrumento que permita solicitar la defensa de los derechos en la jurisdicción ordinaria, pues en este momento no cuenta con ningún otro mecanismo que le permita solicitar el cumplimiento de la pena al interior de su resguardo.

Sobre este aspecto debe señalarse que la posición adoptada en la sentencia de tutela de primera instancia en este proceso no es correcta, pues niega que se configure el requisito de subsidiariedad señalando que el actor no presentó recursos contra la sentencia condenatoria: “De otra parte, se tiene que si el accionante estaba interesado en censurar el quebranto de las garantías fundamentales cuya protección invoca, tuvo la posibilidad de recurrir el fallo de primera instancia, aduciendo argumentos similares a los expuestos en la demanda de tutela, pero no hizo uso de ese mecanismo judicial, inclusive, en caso de obtener resultados adversos en la impugnación, habría tenido a su alcance el recurso de casación”[124].

Este argumento se reitera más adelante en la misma providencia de la siguiente forma:

“La omisión puesta de presente permitió que el fallo de primera instancia cobrara firmeza, situación que no puede subsanarse por esta vía constitucional en consideración a su naturaleza esencialmente subsidiaria y residual, razón que torna inadecuado intentar revivir la oportunidad procesal que feneció en silencio, con la pretensión de sustituir el mecanismo defensivo ordinario dispuesto por el legislador al interior de la actuación judicial adelantada y culminada en su contra” [125].

Sin embargo, en los folios 35 a 54 del expediente se puede observar la sentencia del Tribunal Superior de Popayán que decide el recurso de interpuesto por el accionante en contra de la sentencia condenatoria, así como también, en los folios 16 a 22 se encuentra el auto del quince (15) de agosto del mismo tribunal que decidió el recurso de apelación interpuesto contra la decisión del Juzgado Primero de Ejecución de penas y medidas de seguridad de Popayán.

Por lo anterior, al contrario de lo considerado por la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala de Revisión considera que sí se cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el señor Gerson Mensa Puyo sí interpuso los recursos ordinarios respecto de las decisiones accionadas.

6.2. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS MATERIALES PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA SOBRE DECISIONES JUDICIALES

El accionante señala que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad vulneraron sus derechos fundamentales en el proceso penal por tres (3) razones: (i) no se aplicó el fuero penal indígena, (ii) no se notificó el proceso al jefe de la comunidad indígena y (iii) no se está teniendo en cuenta su calidad de indígena en el lugar en el cual se encuentra privado de la libertad. A continuación se analizará si efectivamente se presentaron estas situaciones y si las mismas pueden constituir un defecto.

6.2.1. Imposibilidad de aplicar el fuero penal indígena

El señor Gerson Mensa Puyo señala que en el proceso penal en el cual se le condenó por los

delitos de homicidio agravado con fines terroristas, tentativa de homicidio con fines terroristas y fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos se vulneró su derecho al debido proceso, pues su juez natural es el jefe de su comunidad indígena y no la justicia ordinaria.

6.2.1.1. En primer lugar, no se cumple con el elemento territorial, pues los hechos que le fueron imputados al señor Gerson Mensa Puyo ocurrieron fuera del resguardo de Munchique Los Tigres, específicamente en el municipio de Siberia, Cauca. Por otro lado, la comisión de la conducta punible no reviste ninguna connotación cultural que le otorgue el efecto expansivo señalado en la Sentencia T - 002 de 2012, pues los hechos imputados se refieren a un homicidio y a una tentativa de homicidio con fines terroristas utilizando armas privativas de las fuerzas armadas, lo cual no tiene ninguna relación con su condición de indígena.

6.2.1.2. En segundo lugar, tampoco se cumple con el requisito objetivo, pues los hechos no afectaron a la comunidad indígena de Munchique Los Tigres sino que atacan bienes jurídicos exclusivos de la sociedad mayoritaria, tal como manifiestan los conceptos emitidos por la Universidad del Rosario y la Universidad Sergio Arboleda:

(i) Los primeros dos delitos imputados son el homicidio del menor Juan Pablo Chicangana Patiño y la tentativa de homicidio de la señora Luz Marina Pulido no son miembros de la comunidad Munchique Los Tigres. En este sentido, el bien jurídico tutelado en el homicidio es la vida humana[126], tal como lo ha señalado la Corte Constitucional[127], el cual corresponde a un objeto jurídico de carácter individual en el cual se afecta de manera directa al sujeto pasivo, por lo cual tampoco existe una conexión jurídico - axiológica con la comunidad indígena del accionante.

(ii) Por su parte, el delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, atenta contra la seguridad pública, la cual no se relaciona específicamente con una comunidad determinada sino que es un bien jurídico de titularidad de toda la sociedad.

6.2.2. Sobre la notificación al jefe de la comunidad indígena

La Sentencia T - 921 de 2013 señaló una serie de reglas que deben adoptarse siempre que

el procesado sea un indígena, dentro de las cuales se destaca que “siempre que el investigado en un proceso tramitado por la jurisdicción ordinaria sea indígena se comunicará a la máxima autoridad de su comunidad o su representante”.

En este sentido, esta providencia exigió que en caso de que un indígena sea procesado por la jurisdicción ordinaria se deben cumplir las siguientes reglas con el objeto de evitar que se siga presentando el desconocimiento del derecho a la identidad de los indígenas al ser reclusos en establecimientos ordinarios sin ninguna consideración relacionada con su cultura:

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

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

(iii) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente

esta medida. A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Estas reglas fueron establecidas en virtud de la grave situación que sufren los indígenas privados de la libertad en Colombia, sin embargo, no estaban contenidas en ninguna ley, por lo cual su desconocimiento antes de que esta sentencia fue proferida, es decir, antes del cinco (5) de diciembre de 2014 no constituye una vía de hecho ni configura ningún defecto, a lo cual debe agregarse que el accionante no mencionó nunca en el proceso su condición de indígena.

Por lo anterior, no se vulneró el derecho al debido proceso del accionante al no haberse citado al jefe de su resguardo. En este sentido, cabe destacar que, tal como manifestó la intervención del Ministerio Público, no se demostró que en el proceso penal se hubiera incurrido en irregularidades que afectaran el debido proceso o el derecho a la defensa.

6.2.3. Sobre el lugar y las condiciones de reclusión del accionante

El accionante señala que no se ha respetado su derecho a estar recluido en un establecimiento penitenciario y carcelario especial ni se le ha permitido tener una serie de garantías especiales derivadas de su identidad cultural como el acceso periódico a su médico tradicional para curar las enfermedades.

Sobre estos aspectos cabe destacar que la Sentencia T - 921 de 2013 estableció una serie de reglas para el cumplimiento de la pena privativa de la libertad de un miembro de una comunidad indígena:

- (i) Una vez emitida la sentencia se consultará a la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio.
- (ii) El juez deberá verificar si la comunidad cuenta con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.
- (iii) Dentro de sus competencias constitucionales y legales el INPEC deberá realizar visitas a la comunidad para verificar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad.

(iv) En caso de que el indígena no se encuentre en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida y

(v) A falta de infraestructura en el resguardo para cumplir la pena se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.

Esta Sentencia fue proferida el cinco (5) de diciembre de 2013, es decir, varios meses después de que se proferieran las decisiones que negaron el traslado del indígena, la última de las cuales se dictó el seis (6) de junio de 2013 por el Tribunal Superior de Popayán, por lo cual no se presentó una vía de hecho en la conducta de los accionados.

Por lo anterior, es claro que no se presentó ningún defecto en la actuación del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Popayán ni del Tribunal Superior de la misma ciudad, por lo cual se confirmará la sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Por otro lado, en este momento no es posible acceder a la solicitud del accionante de cumplir su pena al interior de su comunidad, por cuanto el jefe del resguardo Munchique Los Tigres no dio su consentimiento para que el accionante sea trasladado a ese lugar, a pesar de haber sido consultado en dos (2) ocasiones sobre el tema, tal como lo exige la sentencia T - 921 de 2013.

Adicionalmente, las circunstancias específicas que rodearon la comisión de la conducta punible permiten concluir que el traslado del accionante al resguardo Munchique Los Tigres pueden poner en peligro a esa comunidad, pues el señor Gerson Mensa Puyo fue condenado por un acto dirigido por un grupo organizado al margen de la Ley, cuya reclusión de uno de sus miembros exige de una infraestructura especial de la que carecen los resguardos indígenas. En este sentido, la sentencia T-1026 de 2008[128] señaló que si el interno debe estar recluso en unas condiciones de alta seguridad puede cumplir la pena al interior de un establecimiento ordinario incluso si es aplicable la jurisdicción indígena. Por lo anterior, no se accederá a la petición del accionante de cumplir su pena al interior del resguardo Munchique Los Tigres.

Por lo anterior, se negará la acción de tutela interpuesta por el señor Gerson Mensa Puyo y en este sentido se revocará la decisión proferida el veintisiete (27) de marzo de dos mil

catorce (2014) por la Sala No. 2 de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que había declarado improcedente el amparo presentado en contra de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

Sin embargo, con el objeto de garantizar la identidad cultural del accionante, en aplicación de la regla señalada en las Sentencias T - 097 de 2012[129], T - 866 de 2013[130] y T - 921 de 2013[131], se ordenará al INPEC que de aplicación al artículo 29 de la Ley 65 de 1993 y en este sentido disponga su reclusión en un lugar o pabellón especial en el cual se tenga en cuenta su condición de indígena. Así mismo, se le ordenará que permita que el accionante sea visitado por el médico de su comunidad.

7.1. El señor Gerson Mensa Puyo señala que la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y el Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad vulneraron sus derechos fundamentales en el proceso penal por tres (3) razones: (i) no se aplicó el fuero penal indígena, (ii) no se notificó el proceso al jefe de la comunidad indígena y (iii) no se está teniendo en cuenta su calidad de indígena en el lugar en el cual se encuentra privado de la libertad.

7.2. La acción de tutela presentada por el Señor Gerson Mensa Puyo cumple con los requisitos generales de procedencia reconocidos por esta Corporación.

Particularmente, en relación con la subsidiariedad se demostró que al contrario de lo señalado en primera instancia por la Sala de Decisión de Tutelas No. 2 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el actor sí agotó los recursos judiciales ordinarios frente a las decisiones accionadas a través de la presentación de recursos de apelación que fueron negados por el Tribunal de Distrito Judicial de Popayán.

7.3. La Sala no reconoció que los accionados hubieran incurrido en ningún defecto que hiciera procedente la acción de tutela por los siguientes motivos:

7.3.1. No se considera que los hechos sean de conocimiento de la justicia penal indígena por cuanto: (i) no se cumple con el elemento territorial, pues los hechos que le fueron imputados al señor Gerson Mensa Puyo ocurrieron fuera del resguardo de Munchique Los Tigres, específicamente en el municipio de Siberia, Cauca, (ii) tampoco se cumple con el

requisito objetivo, pues los hechos no afectaron a la comunidad indígena de Munchique Los Tigres, sino que atacan bienes jurídicos de la sociedad mayoritaria.

7.3.2. No se desconocieron los derechos constitucionales del accionante al no haberse notificado sobre la existencia del proceso al jefe de su resguardo indígena, pues esta regla fue establecida en la sentencia T - 921 de 2013, proferida después de que se terminó el proceso penal, a lo cual cabe agregar que el accionante nunca señaló en el proceso su condición de indígena.

7.3.3. No se presentó un defecto en la actuación de los accionados en relación con la determinación del lugar de privación de la libertad del señor Gerson Mensa Puyo, pues esta Sentencia fue proferida el cinco (5) de diciembre de 2013, es decir, varios meses después de que se profirieran las decisiones que negaron el traslado del accionante, la última de las cuales se dictó el 6 de junio de 2013 por el Tribunal Superior de Popayán, por lo cual no se presentó una vía de hecho en la conducta de los accionados.

7.4. En este momento no es posible acceder a la solicitud del accionante de que cumpla su pena al interior de su comunidad, por cuanto el jefe del resguardo Munchique Los Tigres no ha dado su consentimiento para que el accionante sea trasladado a ese lugar, tal como lo exige la sentencia T - 921 de 2013.

7.5. Por lo anterior, se niega la acción de tutela interpuesta por el señor Gerson Mensa Puyo y en este sentido se revocará la decisión proferida el veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) por la Sala No. 2 de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que había declarado improcedente el amparo presentado en contra de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad.

7.6. Finalmente, se ordenó al INPEC que de aplicación al artículo 29 de la Ley 65 de 1993 y en este sentido disponga su reclusión en un lugar o pabellón especial en el cual se tenga en cuenta su condición de indígena y permita que el accionante sea visitado por el médico de su comunidad.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) por la Sala no. 2 de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que resolvió la acción de tutela presentada por el señor Gerson Mensa Puyo en contra de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Popayán y del Juzgado 1º de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la misma ciudad, y en su lugar, NEGAR el amparo de los derechos fundamentales invocados por el señor Gerson Mensa Puyo, por las razones expuestas en la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR al INPEC que de aplicación al artículo 29 de la Ley 65 de 1993 y en este sentido disponga la reclusión del señor GERSON MENSA PUYO en un lugar o pabellón especial en el cual se tenga en cuenta su condición de indígena y permita que el accionante sea visitado por el médico de su comunidad.

CUARTO.- LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Con aclaración de voto

ANDRÉS MUTIS VANEGAS

Secretario General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

A LA SENTENCIA T-975/14

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN RESGUARDOS INDIGENAS-Presentación de conceptos por entidades públicas y académicas (Salvamento de voto)

Aunque la Corte no está obligada a adoptar los conceptos que emitan las entidades a las que les solicita colaboración para dilucidar la solución a un determinado caso, creo que estas apreciaciones resultan útiles para formar un criterio sobre el mismo y para rastrear el estado del arte de la discusión académica en torno a un tema, lo cual nutre argumentativamente la decisión final. Por lo anterior, considero que movilizar a estas instituciones para la realización de un concepto que luego no será tenido en cuenta no solo implica perder una valiosa oportunidad para complementar los argumentos de esta Corporación, sino que además, envía el equivocado mensaje de que estas opiniones no tienen ninguna utilidad en medio del debate jurídico que se lleva a cabo en la revisión de sentencias de tutela.

PRIVACION DE LA LIBERTAD DE INDIGENAS EN COLOMBIA-Posibilidad de que los miembros de comunidades indígenas cumplan penas privativas de la libertad en los resguardos a los que pertenecen (Salvamento de voto)

Aunque para el caso analizado en esta oportunidad las consideraciones de la sentencia T-921 de 2013 sobre la situación de los indígenas que se encuentran recluidos en las cárceles colombianas son pertinentes como un eventual apoyo a otros argumentos, no pueden tomarse como criterios obligatorios de la jurisprudencia constitucional porque, como

ya se dijo, no hacen parte de la razón de la decisión de la citada providencia. Por lo tanto, veo necesario aclarar mi voto también en este sentido, pues considero que se trata de un manejo errado del precedente judicial que puede inducir a error, pretendiendo otorgar obligatoriedad a unos obiter dicta. Haría falta un estudio y análisis mucho más riguroso y profundo sobre la posibilidad de que los miembros de comunidades indígenas cumplan penas privativas de la libertad en los resguardos a los que pertenecen, para determinar unas reglas vinculantes en esta materia, pues son muchos los aspectos que hacen parte de ese debate, y que no fueron resueltos en la sentencia T-921 de 2013, ni en la providencia objeto de este pronunciamiento

M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte, en esta oportunidad me permito aclarar el voto pues considero que la sentencia T-975 de 2014 omitió algunos elementos de juicio importantes para resolver el caso, además, discrepo de algunos argumentos que fueron expuestos en la misma. En esencia, encuentro que algunas consideraciones hechas para analizar el caso concreto carecieron de la rigurosidad necesaria y, por tal motivo, pese a compartir el sentido de la providencia, debo precisar algunas ideas.

En primer lugar, para resolver el caso concreto, el Magistrado Sustanciador invitó mediante Auto del 29 de julio de 2014 a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, a la Organización Nacional Indígena (ONIC), al Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia y a las Universidades del Cauca, de los Andes, Nacional, Sergio Arboleda, Javeriana y del Rosario para que si lo consideraban pertinente rindieran concepto sobre la acción de tutela bajo revisión. Así lo hicieron la Procuraduría, la Defensoría, la ONIC, y las Universidades Nacional, Sergio Arboleda y del Rosario, que emitieron diversas apreciaciones jurídicas en torno al caso y aportaron, a juicio de quien suscribe esta aclaración de voto, importantes argumentos que, sin embargo, fueron completamente ignorados en las consideraciones de la sentencia.

En este sentido, aunque la Corte no está obligada a adoptar los conceptos que emitan las entidades a las que les solicita colaboración para dilucidar la solución a un determinado caso, creo que estas apreciaciones resultan útiles para formar un criterio sobre el mismo y

para rastrear el estado del arte de la discusión académica en torno a un tema, lo cual nutre argumentativamente la decisión final. Por lo anterior, considero que movilizar a estas instituciones para la realización de un concepto que luego no será tenido en cuenta no solo implica perder una valiosa oportunidad para complementar los argumentos de esta Corporación, sino que además, envía el equivocado mensaje de que estas opiniones no tienen ninguna utilidad en medio del debate jurídico que se lleva a cabo en la revisión de sentencias de tutela.

En segundo lugar, considero necesario aclarar que las citas textuales tomadas de la sentencia T-921 de 2013, referentes a la posibilidad de que los indígenas cumplan penas privativas de la libertad al interior de sus resguardos, no hacen parte de la ratio decidendi de dicha providencia y por lo tanto, no pueden entenderse como vinculantes para casos posteriores. En efecto, el caso que fue resuelto en esa oportunidad se refería a vulneración de los derechos de un accionante que alegaba no haber sido juzgado por las autoridades tradicionales del resguardo al que pertenecía a pesar de contar con fuero indígena, mientras que en el caso que ahora se revisa se discutía principalmente la posibilidad de que el accionante pudiese cumplir la pena privativa de la libertad en los territorios de su resguardo. Así, las apreciaciones hechas en la mencionada sentencia T-921 de 2013 sobre las condiciones que deberían cumplirse para que un indígena pueda cumplir una pena al interior de los resguardos no constituyen precedente vinculante y son, de hecho, obiter dicta. Esto queda claro al remitirse a la parte resolutive de dicho fallo, en donde no existe ninguna orden respecto de las condiciones en las que cumplen sus condenas quienes hacen parte de una comunidad indígena.

Así pues, aunque para el caso analizado en esta oportunidad las consideraciones de la sentencia T-921 de 2013 sobre la situación de los indígenas que se encuentran recluidos en las cárceles colombianas son pertinentes como un eventual apoyo a otros argumentos, no pueden tomarse como criterios obligatorios de la jurisprudencia constitucional porque, como ya se dijo, no hacen parte de la razón de la decisión de la citada providencia. Por lo tanto, veo necesario aclarar mi voto también en este sentido, pues considero que se trata de un manejo errado del precedente judicial que puede inducir a error, pretendiendo otorgar obligatoriedad a unos obiter dicta. Haría falta un estudio y análisis mucho más riguroso y profundo sobre la posibilidad de que los miembros de comunidades indígenas cumplan penas privativas de la libertad en los resguardos a los que pertenecen, para determinar

unas reglas vinculantes en esta materia, pues son muchos los aspectos que hacen parte de ese debate, y que no fueron resueltos en la sentencia T-921 de 2013, ni en la providencia objeto de este pronunciamiento.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

[2] Sentencias de la Corte Constitucional T-191 de 1999. MP. Fabio Morón Díaz; T-1223 de 2001. MP. Álvaro Tafur Galvis; T-907 de 2006. MP. Rodrigo Escobar Gil y T-092 de 2008. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[3] Sentencia de la Corte Constitucional T-024 de 2010. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[4] Sentencia de la Corte Constitucional T-504 de 2000. MP. Antonio Barrera Carbonell.

[5] Sentencia de la Corte Constitucional T-315 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

[6] Sentencia de la Corte Constitucional T-008 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[7] Sentencia de la Corte Constitucional T-658 de 1998. MP. Carlos Gaviria Díaz.

[8] Sentencias de la Corte Constitucional: T-088 de 1999. MP. José Gregorio Hernández y SU-1219 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.

[9] Sentencia de la Corte Constitucional C-590 de 2005. MP. Jaime Córdoba Triviño.

[10] Sentencia de la Corte Constitucional T-327 de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

[11] Sentencia de la Corte Constitucional T-522 de 2001. MP. Manuel José Cepeda.

[12] Sentencias de la Corte Constitucional: T-1625 de 2000. MP (E). Martha Victoria Sáchica Méndez; T-1031 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett; SU-1184 de 2001. MP. Eduardo Montealegre Lynett, y T-462 de 2003. MP. Eduardo Montealegre Lynett.

[13] Sentencia T-125 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[14] Sentencias de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-934 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-364 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[15] Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-606 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[16] Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000 M.P. Fabio Morón Díaz; T-728 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-811 de 2004 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Entre otras: T-009 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-364 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[17] Sentencia C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-344 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[18] Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[20] Sentencia de la Corte Constitucional T-048 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[21] Sentencia de la Corte Constitucional C-713 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[22] Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[23] Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[24] Sentencias de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P Carlos Gaviria Díaz; T-349 de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz; T-030 de 2000, M. P. Fabio Morón Díaz; T-728 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-552 de 2003 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-811 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-945 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-364 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.

[25] Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[26] Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[27] Sentencia de la Corte Constitucional T - 921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[28] Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[29] Sentencia de la Corte Constitucional C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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

[31] Sentencia de la Corte Constitucional T-266 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[32] Sentencia de la Corte Constitucional T-549 de 2007, M.P. Jaime Araujo Rentería.

[33] Sentencias de la Corte Constitucional C-882 de 2011 y T-921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[34] Sentencia de la Corte Constitucional T-514 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[35] Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

- [36] Sentencia de la Corte Constitucional SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [37] Sentencia de la Corte Constitucional T-514 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.
- [38] Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [39] Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [40] Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- [41] Sentencia de la Corte Constitucional SU-510 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- [42] Sentencia de la Corte Constitucional T-001 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.
- [44] Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- [45] Sentencia de la Corte Constitucional T-254 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz: “La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos”
- [46] Sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [47] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- [48] Sentencias de la Corte Constitucional T-728 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.
- [49] Sentencia de la Corte Constitucional T-945 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

[50] Ibídem. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[51] Sentencia de la Corte Constitucional T-934 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[52] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[53] Ibídem.

[54] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[55] Ibídem

[56] Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 03, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[57] Sentencia de la Corte Constitucional T-552 de 03, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[58] El fuero indígena comprende dos elementos esenciales, el personal “con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y el territorial “que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. De acuerdo con la jurisprudencia, para establecer el fuero es necesario tener en cuenta también el elemento objetivo, referido a la calidad del sujeto o el objeto sobre los que recae la conducta delictiva, así como la naturaleza de los comportamientos que son objeto de juzgamiento.

Adicionalmente, el fuero especial indígena tiene como condición previa, la existencia de una autoridad comunitaria con competencia territorial y personal y con capacidad de emitir un juicio conforme a un sistema jurídico tradicional, autoridad que debe estar dispuesta a asumir el juzgamiento.

[59] Sentencia de la Corte Constitucional T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[60] Sentencia de la Corte Constitucional T-009 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[61] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz

[62] Ibídem

[63] Sentencias de la Corte Constitucional T-552 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-1026 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[64] Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[65] Sentencia de la Corte Constitucional T-617 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[66] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. No obstante, en este fallo la Corte indicó que el fuero indígena tiene límites, pero no fueron delimitados por la Corte en dicha ocasión.

[67] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[68] Por ejemplo, en la sentencia de la Corte Constitucional T-945 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte conoció del caso de una mujer embarazada que había sido despedida de una entidad de salud indígena. La accionante alegaba el desconocimiento de su fuero especial de mujer en estado de embarazo e interpuso acción de tutela contra el Cabildo.

La Corte consideró que este no era el mecanismo adecuado, todo vez que al tratarse de un asunto ocurrido dentro del territorio indígena y que involucraba a sus miembros, debía ser conocido por las autoridades tradicionales. Ver también, la sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[69] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz: En este fallo la Corte explicó lo siguiente:

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

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin

embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta 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.”

[70] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

[71] En la sentencia T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte negó la tutela solicitada por un indígena paéz, quien sería juzgado por la jurisdicción ordinaria por el asesinato de un miembro de otra comunidad indígena. El acto solicitaba ser juzgado por las autoridades paéces. La Corte se opuso con fundamento en los siguientes argumentos:“(…) no es dable reconocerle a (…) el derecho al fuero indígena, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto aculturado, capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, no debe olvidarse que el demandante se alejó de su comunidad, no accidentalmente, sino por deseo propio, debiendo asumir los ‘riesgos’ que se derivan de su acción, es decir, que como miembro del territorio colombiano goza de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.”

[72] Sentencia de la Corte Constitucional T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[73] En este fallo la Corte Constitucional estudió el caso de un indígena que se encontraba fuera de los territorios ancestrales visitando a un médico de su comunidad. Éste le indicó que el origen de su enfermedad era que otros indígenas le habían hecho brujerías, razón por la cual asesinó a los presuntos autores de estos maleficios. El asesinato se produjo fuera del territorio de la comunidad. La jurisdicción ordinaria asumió el caso y condenó al indígena a diez años de prisión. El abogado defensor solicitó la nulidad del proceso por desconocimiento del fuero especial indígena, petición que fue negada aduciéndose que el asesinato se había producido fuera de los límites de la comunidad. A continuación, el defensor interpuso una acción de tutela en la que solicitó la declaratoria de nulidad del proceso. En sede de revisión, la Corte Constitucional concedió el amparo y señaló que el concepto de territorio no debía entenderse limitado en su dimensión formal y cultural, sino

que 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. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional C-882 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[75] Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[76] Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[77] Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[78] Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: "1.La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado: 1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas.1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello.1.3.En casos de "extrema gravedad" o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente"

[79] Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: "2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos: 2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente. 2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención

a la exigencia de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de nocividad social[79]”

[80] Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “3. La satisfacción de los derechos de las víctimas: La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[81] Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[82] Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[83] Ver algunos ejemplos en: GUZMÁN DALVORA, José Luis: Derecho Penal y Minorías Étnicas: Planteamiento y liquidación criminalista de un problema político, Revista de derecho Penal y Criminología, N.º. 7, 2011. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[84] REYES ECHANDÍA, Alfonso: Manual de Derecho Penal, Parte general, Universidad Externado de Colombia, 1984, p. 213.

[85] Sentencia de la Corte Constitucional C-370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[86] DE MAGLIE, Cristina: los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.112. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[87] ZAFFARONI, Eugenio Raul: Tratado de Derecho Penal, Parte general, Ediar, Buenos

Aires, 2002, 738; CEREZO MIR, Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo III, Tecnos, Madrid, 122. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[88] DE MAGLIE, Cristina: los delitos culturalmente motivados. Ideologías y modelos penales, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág.175.

[90] HURTADO Pozo, José / DUPUIT, Joseph: Derecho penal y Diferencias culturales perspectiva general con respecto a la situación en el Perú, Anuario De Derecho penal, 2006, pág. 230. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[91] Sentencia de la Corte Constitucional T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[92] Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[93] Sentencia de la Corte Constitucional T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[94] Sentencia de la Corte Constitucional T-344 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[95] HURTADO Pozo, José / DUPUIT, Joseph: Derecho penal y Diferencias culturales perspectiva general con respecto a la situación en el Perú, Anuario De Derecho penal, 2006, pág. 230. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[96] Sentencia de la Corte Constitucional C - 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[97] Sentencia de la Corte Constitucional C - 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[98] ZAFFARONI, Eugenio Raul: Tratado de Derecho Penal, Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2002, 738

[99] Sentencia C - 370 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet: "29- El análisis del párrafo precedente indica que el conjunto de situaciones reguladas por el artículo 33 del Código Penal sobre inimputabilidad por diversidad cultural es más amplio que el conjunto de comportamientos que, según el artículo 32 ordinal 11 de ese estatuto, configuran un error de prohibición culturalmente condicionado, por dos razones: i) los casos de inimputabilidad no distinguen acerca de la vencibilidad o no de la interpretación divergente del mundo, mientras que el error debe ser invencible para poder eximir de responsabilidad y ii) la inimputabilidad también cubre la incapacidad volitiva, mientras que para algunos, el error no. En tales circunstancias, la Corte coincide con los intervinientes en que la declaratoria de inexecutable de la expresión acusada del artículo 33 del estatuto penal podría tener efectos contraproducentes en la protección de la diversidad cultural, en la medida en que permitiría la imposición de penas, incluso privativas de la libertad, para ciertos comportamientos de los indígenas que, si se mantiene en el ordenamiento la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural, no estarían sujetos a una pena sino a una medida de seguridad, pues la persona sería declarada inimputable. Así, si un indígena comete una conducta típica y antijurídica, y no tenía, en la situación concreta, la capacidad de comprender su ilicitud, o de determinarse con base en esa comprensión por su diversidad cultural, al regularse esta conducta con base en la teoría del error no siempre ese comportamiento sería exonerado de pena, según lo preceptuado por el estatuto penal. En efecto, si el indígena pudo, con una diligencia razonable, llegar a conocer y comprender la ilicitud de su conducta, entonces el error era evitable y el comportamiento podría ser sancionado con una pena, si la expresión acusada del artículo 33 del Código Penal es declarada inexecutable, pues ya ese indígena no sería declarado inimputable. Y, según ciertas perspectivas, tampoco habría exclusión de responsabilidad si la persona pudo conocer la ilicitud de su conducta pero, por su diversidad cultural, no pudo determinarse con base en dicha comprensión.

30- El análisis precedente conduce a la siguiente conclusión: muchos de los casos en que una persona realiza una conducta típica y antijurídica, pero no puede, por su diversidad cultural, comprender su ilicitud, no son punibles, pues la persona habría incurrido en un error invencible de prohibición culturalmente condicionado. Existen sin embargo ciertos

eventos en que esa causal de exclusión de la responsabilidad no opera, por cuanto el error era evitable, si la persona hubiera sido diligente, o por cuanto la persona conocía la ilicitud de su comportamiento, aunque no pudo determinar su conducta con base en ese conocimiento. Frente a esos últimos eventos, la expresión acusada ampara la diversidad cultural pues, al declarar inimputable al indígena, o al miembro de otras minorías culturales, evita que le sea impuesta una pena”. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[100] Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[101] Sentencia de la Corte Constitucional T-496 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[102] Sentencia de la Corte Constitucional T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[103] Sentencia de la Corte Constitucional T-778 de 2005, Manuel José Cepeda Espinosa.

[104] Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[105] Sentencia de la Corte Constitucional T-126 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “Al respecto, resulta necesario destacar la conclusión que a partir de los elementos anteriormente señalados se derivó en la sentencia T-881 de 2002. Se afirmó en dicha ocasión que, entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción se encuentran: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación); (ii) la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros); (iii) el deber positivo en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos; (iv) El deber positivo en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización de los reclusos”.

[106] 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.

[107] Sentencia de la Corte Constitucional T-097 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.

[108] La prevención especial positiva o resocialización señala que la función de la pena es la reintegración del individuo a la sociedad (Sentencia de la Corte Constitucional C - 806 de 2002, MP Clara Inés Vargas Hernández).

[109] Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[110] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: “El Director del Establecimiento EPCAMS-Popayán describe el procedimiento establecido en dicha cárcel para recibir a los internos que son sancionados por la legislación especial indígena. Esta Sala considera que este procedimiento garantiza: (i) que el interno sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales y en un sitio de reclusión cercano a la ciudad de Pasto, (ii) la conservación de sus usos y costumbres por la existencia de un pabellón especial para comuneros condenados por la jurisdicción especial indígena, (iii) la preservación de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad como sujetos de especial protección y (iii) la asunción de obligaciones en cabeza de las autoridades tradicionales en el acompañamiento del tratamiento penitenciario y la permanencia dentro de las costumbres de la comunidad. Esta la Sala ordenará que en coordinación con las autoridades del Cabildo, se remita a los señores al Establecimiento Penitenciario EPCAMS, Popayán, con el fin de que se cumpla la pena impuesta por las autoridades tradicionales. Así mismo, las autoridades del Cabildo del pueblo indígena Inga de Aponte deberán cumplir con el procedimiento y obligaciones establecidas por los reglamentos del penal para la recepción de miembros de las comunidades indígenas”. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[111] GARLAND, David: “Castigo y sociedad moderna”, Siglo XXI editores, Madrid, 2006, págs. 310 y ss.

[112] Sentencia de la Corte Constitucional T - 921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[113] M.P. Mauricio González Cuervo.

[114] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

[115] 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.

[116] M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

[117] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[118] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

[119] Sentencia de la Corte Constitucional T - 921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[120] Sentencia de la Corte Constitucional T - 921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[121] Sentencia de la Corte Constitucional T - 921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[122] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[123] Sentencia de la Corte Constitucional T - 921 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[124] Sentencia de la Sala no. 2 de Tutelas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P: María del Rosario González Muñoz, pág. 6.

[125] Sentencia de la Sala no. 2 de Tutelas de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P: María del Rosario González Muñoz, pág. 7.

[126]MORALES PRATS, Fermín: “Del homicidio y sus formas”, en: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: Cometarios a la parte especial del Derecho penal, Thompson Aranzadi, Pamplona, 2007, pág. 37; GONZÁLEZ RUS, Juan José: “Del Homicidio y sus formas”, en: COBO DEL ROSAL, Manuel, Dikynson, Madrid, 2005, pág. 70, ROMEO CASABONA, Carlos María: Delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética, Comares, Granada, 2004.

[127] Sentencias de la Corte Constitucional C-013/97, C-358 de 1997, C-239 de 1997, C-551 de 2001 y C - 355 de 2006.

[128] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[129] M.P. Mauricio González Cuervo.

[130] M.P. Alberto Rojas Ríos.

[131] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.