



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n. 2

FABIO OSPITIA GARZÓN
Magistrado

Tutela de 1ª instancia No. 109814

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Se avoca el conocimiento de la acción de tutela promovida por **Jhon Jairo Cunacué, José Abrahán Cuello Coquí y Lus Marina Yugue Cuello** contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Juzgado Promiscuo Municipal de Páez (Cauca), Juzgado Promiscuo Municipal y Fiscalía Local de Inzá (Cauca), por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y juez natural.

En consecuencia, y con fundamento en lo establecido en el Decreto 2591 de 1991 se ordena:

1. Vincúlense como terceros con interés legítimo en el asunto al Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Conocimiento de Popayán, al Territorio Ancestral Resguardo Indígena de San Andrés de Pisimbilá del municipio de Inzá (Cauca) y a las demás partes, autoridades e intervinientes en el proceso penal de radicado 1935561073652011-80112.

2. Notifíquese esta determinación a las autoridades accionadas y a los vinculados como terceros con interés legítimo en el asunto, para que en el improrrogable término de un (1) día, contado a partir de la notificación, se pronuncien sobre la acción instaurada y alleguen las pruebas que consideren pertinentes.

Los informes y proveídos deberán ser remitidos en medio magnético y/o por correo electrónico a las siguientes cuentas **fernandot@cortesuprema.ramajudicial.gov.co** y/o **rofetiar88@hotmail.com**.

3. Solicitar copias de las providencias judiciales cuestionadas en la presente acción constitucional.

4. Tener como pruebas las obrantes, con los efectos legales pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



FABIO OSPITIA GARZÓN
MAGISTRADO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA
SECRETARIA

1 00092

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SECRETARIA GENERAL

En la fecha recibió el anterior

1063 3040
9 FEB 2019

Honorables

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Penal

Bogotá D.C.

Mercedes
Itocat

000000

25 fls

Asunto: Acción de tutela

C.U.I: 193556107365201180112-01

Accionados: Consejo superior de la Judicatura, Tribunal superior de distrito judicial de Popayán, sala segunda decisión penal.

Juzgado Municipal de Inzá Cauca, Juzgado de control de garantía de Páez Belalcázar

Accionantes: JHON JAIRO CUNACUÉ, JOSÉ ABRAHÁN CUELLO COQUÍ, LUZ MARINA YUGUE CUELLO

Cordial Saludo,

Nosotros, **JHON JAIRO CUNACUÉ, JOSÉ ABRAHÁN CUELLO COQUÍ, LUZ MARINA YUGUE CUELLO** comuneros del resguardo indígena de San Andrés de Pisimbalá-Municipio de Inzá Cauca, comedidamente Instauramos acción de tutela conforme el artículo 86 de la constitucion política de 1991, para que judicialmente se nos conceda el derecho fundamental al debido proceso y al principio del juez natural, protegido constitucionalmente en el artículo 29 de la carta magna y el convenio 169 de la OIT y una larga línea jurisprudencial de las honorables cortes, así como la violación a los principios constitucionales de la diversidad jurídica e igualdad (artículos 7 y 13). Los cuales consideramos vulnerados por la Fiscalía Municipal de Inzá, Juzgado de control de garantías del Municipio de Páez Cauca, el Consejo superior de la Judicatura y el Tribunal superior de distrito judicial de Popayán- Sala segunda de decisión penal, órganos de la rama judicial ordinaria que intervinieron para que se concluyera en sentencia judicial de fecha 9 de agosto de 2018 la cual ordena privación de libertad a nosotros los abajo firmantes. Nuestra acción de tutela está fundamentada bajo los siguientes presupuestos de hechos y derechos así:

I. HECHOS

2

1. El día 18 de abril de 2010, el pueblo nasa del resguardo de San Andrés de Pisimbalá en asamblea permanente, legitima de manera autónoma la MINGA POR LA EDUCACIÓN BILINGUE E INTERCULTURA y EL TERRITOTIO, donde se constituye como parte integral del sistema educativo propio y un proceso de carácter permanente donde se toman las decisiones educativas y de carácter público.
2. El día 4 de junio de 2010, el resguardo indígena de San Andrés eleva un oficio al secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-CIDH denunciando y a la vez solicita información al estado colombiano por conflicto Inter étnico y territorial creado por funcionario oficiales en el departamento del cauca.
3. Que el 4 de junio de 2010, con el ánimo de buscar una salida a la situación, la Asociación de cabildos Juan Tama mediante oficio, hace un llamado al alcalde municipal de Inzá para que por medio del diálogo se logre restablecer la tranquilidad.
4. En la fecha 13 de marzo de 2011 la nasa wala (asamblea general de comuneros) máxima instancia en la toma de decisiones direccionó hacer el saneamiento total del territorio en el marco de la minga educativa territorial como un mecanismo de reivindicación de los derechos y la defensa de su autonomía.
5. Que en la fecha 15 de marzo de 2011, la máxima asamblea mandató hacer efectivo la liberación de la madre tierra sobre 7 predios y entre ellos la Rinconada. Dentro del mandato se estableció dicha acción jurisdicción estaría en cabeza de la comunidad en general, la cual corresponde entre 2000 a 2500 habitantes.
6. El 7 de diciembre del 2011 en cumplimiento de los mandatos de la nasa wala, fechado los días 13 y 15 de marzo de 2011, la comunidad de la vereda el Picacho decidió reunirse en la finca la rinconada del señor Abel Angel con el propósito de entablar un diálogo para una posible negociación. Acción que fu mal interpretado por el dueño del predio y acuso a la comunidad de invasión y daño en bien ajeno.
7. El 7 de diciembre de 2011 el señor Abel Angel Chasqui instaura acción de Querrela ante el fiscal municipal de Inzá Cauca.

8. El 19 de diciembre de 2011 en respuesta a un derecho de petición elevada por el dueño del predio la gobernadora del resguardo convoca a una asamblea en el lugar del predio la Rinconada para debatir y encontrar salida a la situación presentada en el lugar. Asunto que terminó sin ninguna respuesta positiva para el dueño del predio por la posición vertical de la comunidad del picacho.
9. En la fecha 2 de octubre de 2013, en la audiencia de control de garantías a solicitud de la autoridad indígena del resguardo de San Andrés de Pisimbalá Departamento del Cauca, el juez, decidió trabar conflicto positivo de competencia.
10. 2013 el juez promiscuo municipal de Páez remitió el expediente al consejo superior de la judicatura para estudio y decisión al respecto del conflicto de competencia solicitada por la autoridad Indígena.
11. El 11 de diciembre de 2013 la sala jurisdiccional disciplinaria del consejo superior de la judicatura niega la competencia a la jurisdicción indígena y le otorga competencia a la jurisdicción ordinaria para que conozco las investigaciones contra los comuneros.
12. El 19 de abril de 2018, el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Popayán, Cauca, decide condenar a **JHON JAIRO CUNACUÉ, LUZ MARINA YUGUÉ CUELLO, JOSÉ ABRAHÁN CUELLO COQUÍ** como coautores responsables del delito de invasión de tierras o edificaciones en concurso con daño en bien ajeno.
13. El 9 de agosto de 2018, el tribunal superior del distrito judicial de Popayán modifica la sentencia del 19 de abril de 2018, emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal con funciones de conocimiento de Popayán, Cauca, e impone a los investigados la pena principal de 5 años y 1 mes de prisión. Se confirma lo demás.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Honorables magistrados, nuestra acción esta encamina proteger los derechos fundamentales al debido proceso y al principio del juez natural que fueron vulnerados al emitir la sentencia de primera y segunda instancia y por consiguiente expondremos las circunstancias relevantes en derecho así:

De la legitimación por activa

1. Revisado el expediente donde se destraba el conflicto de competencias por el consejo superior de la judicatura, vemos tachada todo y cada uno de los derechos que se nos asiste como miembros pertenecientes una comunidad indígena, y por eso, nos vemos en la obligación de recurrir al derecho de acción de tutela. Pues en este caso no solo están en conflicto la vulneración de derechos individuales, si no, que los efectos de la sentencia o decisiones judiciales han trascendido al nivel comunitario y territorial, razones suficientes para interponer esta acción a título personal como sujetos colectivos del resguardo de San Andrés. Frente al asunto, si bien es cierto que, la honorable corte constitucional ha sostenido que, *"los derechos de las comunidades indígenas pueden ser defendidos por sus dirigentes o sus miembros, pues estos gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad"*¹. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas³ y la Defensoría del Pueblo^{4,5}, e incluso terceros, cuando los hechos así lo demanden. Al respecto, el cabildo de nuestro resguardo por ocupaciones múltiples no ha logrado asumir de lleno nuestra defensa, por eso, hemos buscado orientación por fuera y como resultado hemos logrado redactar esta acción, asunto que es de igual de legítima.

De la acción de tutela contra sentencia judiciales

2. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela es un mecanismo sumario, preferente y subsidiario de defensa judicial cuya finalidad es la protección de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública o de un particular en los casos previstos en la Constitución y en la Ley.
3. Según la jurisprudencia, la acción de tutela opera cuando hay un daño irremediable o cuando está en riesgo un derecho fundamental. En nuestro caso, si bien es cierto que la sentencia condenatoria surgió el día 9 de agosto de 2018, significa que ya han pasado un tiempo razonable, pero, a causa de la sentencia

¹ Sentencia T-866 de 2013

² Sentencias T-652 de 1998, T-955 de 2003, T-880 de 2006, T-154 de 2009 y T-760 de 2009, entre otras.

³ Sentencias T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-382 de 2006, T-880 de 2006, entre otras.

⁴ Sentencia T-652 de 1998.

⁵ Sentencia T 116 de 2011.

judicial sea generado un perjuicio a los comuneros que fueron procesado y el daño fundamental persiste en el tiempo y es inmediato e irremediable por las razones a exponer: i) dentro de los investigados y su posterior condena no tenemos conocimiento cual fue el delito que cometimos , ya que toda el accionar se debió a un mandato de la máxima asamblea de comunero, ii) el daño, ha llegado al punto de que ha generado un desequilibrio dentro del núcleo de la comunidad ya que las acciones realizadas en el marco de la minga educativa fue en un ejercicio de acción jurisdiccional, iii) a raíz de la sentencia judicial, se ha roto los lazos familiares, cultural y espirituales con la comunidad. Ya que desde el momento que conocieron el veredicto judicial sean aislado del proceso cultural y organizativo, motivado por el miedo a caminar en su propio territorio por una posible captura. Es decir, que la decisión judicial ha afectado no solo el tejido familiar de los condenados, sino, que ha roto el tejido cultural generando crisis al interior del núcleo colectivo de la comunidad

De la decisión del Consejo superior de la Judicatura

4. La sala de casación civil de consejo superior de la judicatura manifiesta "resolver competencia negativa a la Jurisdicción Especial Indígena por que no ve las **garantías ni confianza** para que la autoridad indígena actué de manera imparcial". Aun cumpliendo con los elementos del fuero indígena y las subreglas de competencia de parte de los procesados. En este caso Negar el derecho de acción jurisdiccional de la justicia indígena por la supuesta falta de **confianza y garantías** no es razonable en derecho de parte de un juez constitucional. A saber, no es al primer caso que la justicia indígena se enfrenta, decir que no le da la competencia por razones de garantías o confianza, es como decir que la fiscalía no puede investigar a sus propios trabajadores de la rama judicial. Dichas apreciaciones no son tan lógicas y ni razonables, pues las autoridades indígenas también están investidas de jueces con rangos constitucionales de acuerdo al artículo 246 de CP y el 12 de la ley 270 del 1996.

5. ELEMENTOS DEL FUERO INDÍGENA

- 5.1 i. El consejo superior de la judicatura no valoró el grado de perjuicio que puede generar una sentencia judicial, ii si bien los procesados cumplen con los elementos del fueron indígena

(personal, territorial, objetivo y orgánico o institucional) el encargado de destrabar el conflicto jurisdiccional hace caso omiso desconociendo de manera vertical los derechos que se le asiste a los investigados e incluso en contravía de los diferentes pronunciamientos de la corte constitucional ya que esta ha dicho que " los elementos del fuero se debe interpretar de manera conjunta".

- 5.1. **Territorial:** El resguardo de San Andrés está compuesto por más de 11 veredas entre ellas la vereda el Picacho, he incluso es una de las veredas más fuerte culturalmente, pues la gente se ha esforzado por preserva con mayores recelos sus usos y costumbres. Al respecto la corte constitucional mediante **sentencia T-397-16** sostuvo que:

El elemento territorial (...) permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres *dentro de su ámbito territorial*, de lo cual se derivan [dos] 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'.

- 5.2. **El elemento personal:** la jurisprudencia a sostenido: (...) 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 [dos] 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.

En este caso, los investigados y condenados cumplen con cada uno de los elementos o criterios que determina la corte por las siguientes razones: **i)** se encuentra legalmente viviendo y registrados dentro del listado censal del cabildo, **ii)** como se esgrimió en los hechos No 4 y 5, la comunidad actuó por mandato de la máxima asamblea de comuneros, es decir no hubo ninguna concepción de ilicitud, **iii)** cada uno de los condenados tienen un arraigo cultural fuerte y todos hablan el idioma propio (nasa yuwe) constituyendo una conciencia étnica inquebrantable para el seno de la cultura; al respecto el juez que destraba la competencia no valoró a fondo el grado de conciencia étnica, si aun así lo deseara, sería casi que imposible que desde un contexto de ciudad o escritorio un juez lo lograra hacer, pues el grado de conciencia étnica no es una condición jurídica, si no, que es una situación cultural y vivencial. Es tanto, que dentro los procesados se encuentran dos kiwe thesawesx (autoridades espirituales). ¿Entonces, como es posible que un juez con perfiles y valores occidentales determine el grado de conciencia étnica de una autoridad espiritual, es decir entonces desde un escritorio se dice quién es o no étnicamente consiente?

- 5.3. **Objetivo:** la honorable corte en **sentencia T-397 -2016, C-463 de 2014** y otros, frente a este elemento ha sostenido que: "(...) **es donde se** puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria", al respecto, los hechos ocurridos el día 7 de septiembre de 2011 por el cual se les atribuye el delito de "Invasión de tierras y daños en bien ajeno" no se constituye dentro del grado de falta de la comunidad nasa, pues e incluso las personas por las cuales fueron investigadas y condenadas no estuvieron ahí, solo que, hasta 4 horas después llegaron ahí para dialogar con la comunidad que había entrado a la finca, por ser notorias en la comunidad los dueños del predio denunciaron como los presuntos autores, cuando la comunidad estaba actuando bajo la base del mandato de los días 13 y 15 de mayo de 2011. **(texto en negrilla fuera de texto)**

En este caso desde el derecho propio se constituye en una desarmonía leve pues el actuar de la comunidad se dio a una

respuesta de represalia de racismo de parte de algunos comuneros que habitan dentro del resguardo que se auto determinan campesino. Por otra parte, cabe resaltar que el predio se encuentra dentro del resguardo indígena legalmente constituido y que el supuesto sujeto pasivo siempre a interactuado con la comunidad, he incluso, en un tiempo atrás estuvo hasta censado en el cabildo y colaboró en la organización de actividades comunitarias y culturales, siendo tanto que todos sus vecinos son indígenas.

Siendo, así las cosas, el juez encargado de destrabar el pleito debió actuar en más detalle y aplicar las sub reglas **SXIII y SXIV** de la **sentencia T-617-10**.

- 5.4. Del elemento orgánico o institucional:** la honorable corte constitucional mediante **sentencia T-002-12** a definido "...este elemento indaga por la existencia de una institucionalidad al interior de la comunidad indígena (...)Dicha institucionalidad debe estructurarse a partir de un sistema de derecho propio conformado por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; es decir, sobre: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto genérico de nocividad social.

En armonía al planteamiento de la corte sobre el elemento orgánico o institucional, dentro del ámbito geográfico y territorial del resguardo indígena de San Andrés de Pisimbalá, desde su constitución, existe una institucionalidad propia-Thuthesawesx (cabildo Indígena) con reconocimiento legítimo de la comunidad y legal por parte del ministerio del interior, donde cada año según el mandato de la asamblea eligen sus miembros y estos a la vez son posesionados ante la autoridad del alcalde municipal donde emite el acta para remitir a la dirección de etnias donde finalmente esta genera la resolución de los nuevos kha'busawesx (autoridades indígenas) para cada vigencia. Además, el resguardo cuenta con un equipo de acompañamiento para los procesos de justicia, según nuestra estructura y cosmovisión la denominamos Yuwe Pu'yaksa, la cual está compuesto por 4

4

personas entre kiwe the'sa, the'sawesx (personas mayores y autoridades espirituales) quienes son los encargados de valorar cada una de las conductas de comuneros que generan desarmonía territorial y comunitaria para luego presentar al cuerpo de autoridades y según sea la gravedad de la desarmonía esta la presentará a la nasa wala (máxima asamblea de comuneros) espacio donde se determina el remedio o sanción a aplicarse.

6. Revisado en detalle el actuar del juez que dirime el conflicto de competencias jurisdiccional en el debido proceso y al principio del juez natural y el derecho a la jurisdicción especial indígena. se encuentra infringidos los **artículos 7, 13, 29, 246 de la constitución política de 1991, artículo 456 de la ley 906 de 2004** y las estipuladas en el convenio 169 de la OIT y una larga jurisprudencias sumadas a las ya citadas.

III. PETICIÓN

Con fundamento a lo anteriormente expuesto le solicito a los honorables magistrados que se tutelen los derechos fundamentales invocados que están siendo violados por sentencia judicial y se declare la nulidad de lo actuado en todo el proceso penal ordinario.

IV. PRUEBAS

1. Acta de donde se declara la Minga educativa y territorial.
2. Actas de asamblea donde se declara el saneamiento total del territorio de San Andrés de Pisimbalá.
3. Auto donde se destraba competencia negativa a la Jurisdicción especial indígenas.

V. JURAMENTO

Bajo la gravedad de juramento me permito manifestar que por los mismos hechos y derechos no hemos interpuesto acciones en otras instancias judiciales.

VI. ANEXO

1. Fotocopia de cedula de ciudadanía.

2. Acta de nombramiento de la autoridad tradicional
3. Copia de escritura de constitución de resguardo
4. Acta de posición ante la alcaldía municipal de Inzá
5. Certificado de existencia del cabildo expedido por el ministerio del interior y justicia-Dirección de asuntos indígenas.
6. Certificado censal de los condenados de parte de ministerio del interior y justicia.
7. **Copia de las relacionadas en la parte probatoria**

VII. NOTIFICACIONES

Las notificaciones se recibirán a las siguientes direcciones:

1. **Casa del cabildo del resguardo de San Andrés de Pisimbalá, municipio de Inzá Cauca**
2. resguardoindigenasanandres@gmail.com
kiwefxiw@gmail.com kinakiwe@yahoo.es
3. Celular: 3203259917 - 3016253859

De usted señores magistrados,

Jhon Jairo Cunacué
Jhon Jairo Cunacué

CC.1.061.2192.67 de Inzá Cauca

Luz Marina Yague C
Luz Marina Yague Cuello

C.C.25.457486 de Inzá Cauca

Jose Abraham Cuello Coqui
José Abraham Cuello Coqui

CC.4.688.127 de Inzá -Cauca