

Solano, Caquetá, 20 de febrero de 2023

HONORABLES MAGISTRADOS  
**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL**  
E. S. H. D.

**Asunto:** Acción de Tutela - vía de hecho- Contra providencia judicial.

**Accionante:** RAFAEL ORLANDO HUERFANO CASTRO.

**Accionados:** Juzgado Veintiocho De Ejecución De Penas Y Medidas De Seguridad De Bogotá y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

**RAFAEL ORLANDO HUERFANO CASTRO**, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en nombre propio, invocando el artículo 86 de la Constitución Política, acudo ante su honorable Despacho para instaurar ACCION DE TUTELA en contra del Juzgado Veintiocho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá y la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con el objeto de que se protejan mis derechos constitucionales fundamentales que a continuación enuncio y lo cual se fundamenta en los siguientes:

#### **HECHOS:**

**PRIMERO:** La presente acción de tutela se interpone porque a pesar de cumplir con los requisitos exigidos constitucionalmente y jurisprudencialmente, no he sido trasladado a la comunidad indígena ISMUINA de la etnia UITOTO del Municipio de Solano, Caquetá, al cual pertenezco, pues me encuentro recluido en el Complejo Carcelario y Penitenciario Metropolitano de Bogotá a órdenes del Juzgado Veintiocho De Ejecución De Penas Y Medidas De Seguridad De Bogotá bajo el radicado 110016211001200700339-08 por los punibles de secuestro extorsivo agravado en concurso heterogéneo con hurto calificado y agravado y extorsión agravada tentada. Siendo el quantum de pena principal a expiar de 572 meses de prisión y multa de 6.666.66 smmlv e interdicción de derechos y funciones públicas por el término de 20 años. Tiempo del cual ya he redimido entre tiempo físico y por actividad de descuento un total de **247 meses y 17 días** y me hallo clasificado en fase de tratamiento de **mediana seguridad** y a menos de un año de cumplir con el factor objetivo de tiempo para clasificar a fase de tratamiento de **mínima seguridad**.

**SEGUNDO:** Soy indígena procesado por la jurisdicción ordinaria, miembro de la comunidad indígena ISMUINA de la etnia Uitoto ubicada en el Municipio de Solano, Caquetá. Reconocido así por el gobernador del cabildo y por el presidente de ASCAINCA (Asociación de Cabildos Uitoto del Alto Rio Caquetá), así mismo, por el Grupo de investigaciones y minorías ROM del Ministerio del Interior, cuya constancia ya integra el dossier probatorio dentro del proceso aquí demandado.

**TERCERO:** Fui solicitado en traslado por las máximas autoridades de mi comunidad:

El Presidente de "ASCAINCA" (Asociación de Cabildos Uitoto del Alto Rio Caquetá) y el Gobernador de mi Cabildo indígena como primera autoridad de la comunidad, actuando como mis representantes jurisdiccionales, solicitan al Juzgado Veintiocho De Ejecución De Penas Y Medidas de Seguridad de Bogotá ordenar el traslado de lugar de reclusión del suscrito hacia la Maloca de la comunidad Indígena ISMUINA, con asentamiento en zona rural del municipio de Solano Caquetá, en donde continuaré purgando mi sanción pero bajo la custodia de la guardia ancestral y bajo nuestros usos y costumbres, mientras simultáneamente se respetarían los derechos consagrados en la Constitución Nacional y en el convenio 169 de la OIT declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de pueblos indígenas.

Al respecto de estos derechos, la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia T-921 de 2013 así:

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

*" En virtud de lo anterior, 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 **QUINTO:** La autoridad indígena Apela la decisión del juzgado.*

*Mediante sustentación de fecha 25 de octubre de 2021 el presidente de la asociación de cabildos Uitoto del alto río Caquetá y el gobernador de mi cabildo indígena refutan la decisión de primera instancia argumentando entre otras cosas, que:*

*"vale la pena indicar que no le asiste ninguna razón para que exponga que no le fueron aportadas todas las pruebas, cuando fueron 7 archivos pdf adjuntos que contiene todo el material probatorio que es de nuestra competencia aportar, entre otras, el informe sobre el arraigo cultural del sancionado etc.*

- 1. 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.*

*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.*

*Teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, este procedimiento también será aplicable a todos los indígenas que se encuentren en la actualidad privados de la libertad, quienes con autorización de la máxima autoridad de su comunidad podrían cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su resguardo, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de esta. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el Juez que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia.*

**CUARTO:** El juzgado niega mi traslado hacia el centro de armonización y de justicia de mi comunidad.

Mediante auto interlocutorio número 1659 del 13 de octubre de 2021 el Juzgado Veintiocho De Ejecución De Penas Y Medidas De Seguridad De Bogotá hace una serie de apreciaciones tales como, que no se aportaron pruebas sobre la pertenencia a la comunidad indígena; que el sancionado para el momento de la captura tenía otro lugar de residencia diferente al cabildo, y que durante las diligencias previas a su condena omitiera manifestar su calidad de sujeto de especial protección.

Considero, que para suplir la falta de pruebas que den fe de mi identidad cultural, solo basta con revisar los anexos aportados por mi representante indígena, pero en su lugar, el juez omitió su valoración, ya que la mayoría de éstas están orientadas a confirmar mi arraigo cultural. De tal manera, que mis representantes no se limitaron únicamente a "informar" que el suscrito hacía parte de la comunidad, sino que aportaron material probatorio, documentación que en ningún momento se halló falsa, por lo cual, gozan de plena credibilidad.

También, las accionadas yerran cuando concluyen que al yo salir de mi territorio ancestral en busca de oportunidades de estudio y laborales, ya perdí mis derechos jurisdiccionales, cuando la misma jurisprudencia predica que el derecho a la educación y al trabajo debe ser igualitario para todas las personas de nuestra Nación, y en sentencias referentes al tema en concreto, afirma que el hecho de que un miembro de una comunidad indígena salga de su territorio en busca de oportunidades académicas o laborales hace parte del libre desarrollo de su personalidad. Además, así lo dispone también nuestra Carta Magna, y lo replica la Ley 21 del 4 de marzo de 1991 por medio de la cual se aprueba el convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado por la 76 A reunión de la conferencia general de la OIT ginebra de 1989.

**"ARTÍCULO 21. Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los demás ciudadanos".**

**QUINTO:** La autoridad indígena Apela la decisión del juzgado.

Mediante sustentación de fecha 25 de octubre de 2021 el presidente de la asociación de cabildos Uitoto del alto río Caquetá y el gobernador de mi cabildo indígena refutan la decisión de primera instancia argumentando entre otras cosas, que:

*“vale la pena indicar que no le asiste ninguna razón para que exponga que no le fueron aportadas todas las pruebas, cuando fueron 7 archivos pdf adjuntos que contiene todo el material probatorio que es de nuestra competencia aportar, entre otras, el informe sobre el arraigo cultural del sancionado etc.*

*...Por otra parte, el hecho que me haya salido del territorio indígena, no me desvincula de la comunidad, se genera en mí y en muchas personas de esta y otras comunidades el afán de conocimiento y capacitación para regresar instruidos con nuevas herramientas que contribuyan a la prosperidad de nuestros resguardos, que me convirtiera en un policía y habitara en Bogotá no me desarraiga de la comunidad, pues como indiqué anteriormente, es una interpretación personal de los jueces de instancia, y de la cual, no tienen ningún elemento material probatorio que soporte esas manifestaciones, por el contrario, de nuestra parte existen todos los soportes que prueban mi pertenencia a mi comunidad indígena.*

*“Al respecto así lo manifestó la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STP-2020 radicado número 109558 (MP. DR JAIME HUMBERTO MORENO ACERO)*

*“(...) No obstante, resulta pertinente hacer previamente la siguiente claridad en torno al argumento expuesto por el Tribunal en el onceavo mes del año anterior, en relación con la presunta “falta de legitimación en la causa por activa que le asistía al presidente de la asociación de cabildos uitoto de alto río Caquetá”, para impetrar el traslado de uno de sus comuneros de una cárcel común a la maloca de su comunidad por cuanto no era sujeto procesal.*

*Tal postura de la colegiatura desconoce abiertamente lo aseverado por esta Sala de Casación<sup>3</sup> cuando, frente a esa legitimación, recogiendo en un todo postura anterior, dejó en claro que, atendiendo los fines del Estado social y democrático de derecho, el carácter participativo y pluralista de nuestra Carta Política y el consecuente reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de nuestra Nación, resultaba obligatorio garantizar a las comunidades ancestrales no sólo el ejercicio autónomo de la jurisdicción especial indígena sino, también, admitir, en punto de legitimación<sup>4</sup>, que las autoridades indígenas tienen la capacidad jurídica para desplegar la actividad jurisdiccional, sin apelar a la ley de coordinación entre jurisdicciones, y, en ese contexto, de reclamar directamente a la justicia ordinaria la remisión por competencia de los procesos promovidos contra los miembros de sus comunidades, siempre que se acredite el cumplimiento de los factores personal, territorial, institucional y objetivo.*

*De ahí que no pueda considerarse que “las autoridades étnicas” comparecen al proceso penal como titulares de una relación jurídica específica y directa con el delito imputado y la responsabilidad que le puede caber al acusado en el mismo, sino para hacer valer su derecho, constitucionalmente reconocido, a juzgar, conforme a sus usos y costumbres, el comportamiento de uno de los miembros de su grupo.*

*En ese orden de ideas, no debe despacharse desfavorablemente la petición de una autoridad ancestral por el hecho de no ser sujeto procesal, o no actuar a través del defensor del encartado, pues aquella no acude al proceso en pos de litigar en favor o en contra del procesado, sino por virtud de su potestad jurisdiccional.*

*Por consiguiente, no fue acertada la decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 5 de noviembre de 2019, de negar la solicitud de traslado elevada por el presidente de la Asociación de Cabildos Uitoto de Alto río Caquetá (ASCAINCA), en relación con el aquí accionante CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS.*

*Hecha la anterior precisión, se adentra la Sala en el estudio de la segunda de las decisiones proferidas por las accionadas (proveídos del 16 de diciembre de 2019 y 19 de febrero de 2020).*

*El artículo 86 de la Carta Política establece que cualquier residente en Colombia puede acudir a la acción de tutela cuando sus derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, encontrándose en esta categoría, sin duda alguna, los jueces de la República, por lo que si éstos, al expedir sus decisiones, atentan contra los principios fundamentales, el amparo constitucional es procedente, para la protección de los mismos.*

*Esta Sala de Decisión de Tutelas ha sostenido, de manera insistente, que la demanda de amparo tiene un carácter estrictamente subsidiario y, como tal, no constituye un medio alternativo para atacar, impugnar o censurar las determinaciones expedidas dentro de un proceso judicial (ver, entre otros pronunciamientos, CSJ STP19197-2017, CSJ STP265- 2018 y CSJ STP14404- 2018).*

De igual forma, se ha reiterado que, excepcionalmente, esta herramienta puede ejercitarse para demandar la protección de derechos fundamentales que resultan vulnerados cuando en el trámite procesal se actúa y resuelve de manera arbitraria o caprichosa, o en aquellos eventos en los cuales las providencias son expedidas desbordando el ámbito funcional o en forma manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, esto es, al configurarse las llamadas causales de procedibilidad, anteriormente denominadas vías de hecho, unas de carácter general, que habilitan la viabilidad procesal del amparo, y otras de tipo específico, las que determinan su prosperidad.

Uno de los requisitos específicos de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, considerado como vicio o defecto que atenta contra la legalidad de la decisión, hace relación a la falta de 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”.

Y, como aparece enunciado en la Sentencia CC C-590 de 2005, este defecto se configura siempre que un operador judicial, al momento de proferir una providencia o decisión judicial con efectos jurisdiccionales, omita dar cuenta de las razones que justificaron esa determinación.

De ahí que, sin lugar a dudas, la adecuada motivación de las providencias judiciales, además de ser un deber legal de los funcionarios establecido en el

Artículo 55 de la Ley 270 de 1996, “es una garantía que integra el debido proceso”, pues sólo a partir de la exposición clara de los argumentos de orden fáctico, jurídico y probatorio que les dan sustento “es posible la contradicción, que es propia del derecho de defensa y se ejerce a través de los recursos previstos en la ley” (CSJ SP, 25 mar 2015, rad. 42.600). Igualmente, el artículo 446 del Código de Procedimiento Penal prevé que “La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales”.

Por su parte, la Corte ha sido reiterativa en sostener que la adecuada motivación de las decisiones judiciales constituye una garantía para el debido proceso, pues ella permite conocer las razones que condujeron al juzgador a decidir de cierta forma, el valor que dio a las pruebas, las inferencias y los juicios lógicos sobre los cuales se edificó la singular y plural, hicieron alusión a las subreglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia CC T-921-2013 y, a renglón seguido, se limitaron a indicar que las mismas se reunían, pero no hicieron mención concreta a cada una y cómo

determinación, todo lo cual posibilita a los sujetos procesales ejercer su derecho de defensa y habilitar el de contradicción (CSJ SP, 29 jul. 2008, rad. 24143).

Así, de la misma manera que se exige a las partes sustentar apropiadamente los recursos que formulen, a los funcionarios judiciales se reclama el cumplimiento de su obligación de motivar las decisiones, no sólo para evitar arbitrariedad en el ejercicio de su tarea de administrar justicia, sino para garantizar a los intervinientes su efectivo derecho de contradicción.

Por ende, al proferir una decisión judicial por medio de la cual se resuelvan aspectos sustanciales, el juez tiene la carga de “referirse a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales (Ley 270 de 1996, Artículo 55), con indicación expresa y concreta de las razones fácticas, jurídicas y probatorias que respaldan el sentido del pronunciamiento” (CSJ AP, 30 mayo. 2007, rad. 24.108).

En torno a este tema, la Sala ha señalado (CSJ SP, 28 sep. 2006, rad. 22.041):

- 2.3. El principio de motivación de las decisiones judiciales desempeña una doble función: (i) endoprocesal: en cuanto permite a las partes conocer el pronunciamiento sirviendo de enlace entre la decisión y la impugnación, a la vez que facilita la revisión por el tribunal ad quem; y (ii) función general o extraprocesal: como condición indispensable de todas las garantías atinentes a las formas propias del juicio, y desde el punto de vista político para garantizar el principio de participación en la administración de justicia, al permitir el control social difuso sobre el ejercicio del poder jurisdiccional<sup>7</sup>.
- 2.4. El derecho de motivación de la sentencia se constituye en un principio de justicia que existe como garantía fundamental derivada de los postulados del Estado de Derecho, en tanto que el ejercicio jurisdiccional debe ser racional y controlable (principio de transparencia), asegura la imparcialidad del juez y resguarda el principio de legalidad.

La motivación, entonces, es una garantía que tienen las partes a que en las providencias se exhiban las razones de orden fáctico y jurídico que conducen a adoptar la decisión allí contenida, todas ellas expuestas de forma clara, coherente y completa, de modo que permitan su refutación, su control posterior y se evite la arbitrariedad.

*En el evento de que el proveído no cumpla con tal exigencia, se vulnera a las partes e intervinientes su derecho a la tutela judicial efectiva, lesión que implica el quebrantamiento del debido proceso y de la garantía a ejercer una adecuada contradicción.*

*En consecuencia, una deficitaria motivación, por ser violatoria del debido proceso en aspectos sustanciales e incluso del derecho a la defensa, conlleva a la ilegitimidad de la decisión.*

*Así, la Corte ha identificado cuatro situaciones que pueden conducir a la anulación de las decisiones por defectos de motivación, a saber: (i) ausencia absoluta de motivación, esto es, porque no se consignaron los fundamentos fácticos y jurídicos en que se apoya; (ii) motivación incompleta o deficiente, que se configura cuando el funcionario omitió pronunciarse sobre algunos de los aspectos descritos o dejó de examinar los alegatos de los sujetos procesales en aspectos trascendentales para resolver el problema jurídico concreto, de modo que impide saber cuál es el soporte del fallo; (iii) motivación ambigua, ambivalente o dilógica, que tiene ocurrencia cuando el juez recae en contradicciones, involucra conceptos excluyentes entre sí, al punto que es imposible desentrañar el contenido de la parte considerativa y, (iv) motivación sofística, aparente o falsa, que surge cuando el fundamento probatorio de la decisión no consulta la realidad que exhibe el proceso, de modo que, partiendo de una apreciación incompleta de la prueba, el sentenciador construye una realidad diferente y llega a conclusiones abiertamente equívocas.*

*Traído lo anterior al caso concreto y estudiadas las providencias objeto de reproche, se verifica que las mismas no tienen una adecuada fundamentación en relación con el problema jurídico planteado por el aquí accionante, por cuanto, de manera genérica, los funcionarios judiciales, “Los miembros de los pueblos interesados deberá poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los demás ciudadanos” (art. 21), argumento éste frente al cual nada dijo la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.*

*También señaló en el recurso que, en la providencia del 16 de diciembre de 2019, el juzgado realiza “manifestaciones subjetivas y de criterio personal” sobre su desarraigo, las que rebate así:*

*...el hecho de que haya salido de mi territorio indígena, no me desvincula de mi comunidad, se genera en mí y en muchas personas de mi comunidad y de otras comunidades el afán de conocimiento y capacitación para regresar instruidos, con nuevas herramientas que contribuyan a la prosperidad de nuestros resguardos”.*

*Incluso, añadió: “...que me convirtiera en un subintendente de la policía nacional no me desarraiga de mi comunidad, como lo indiqué anteriormente es una interpretación personal del señor JUEZ y del cual no tiene ningún elemento material probatorio que soporte esas manifestaciones”.*

*Frente a tan contundentes y precisas argumentaciones, nada dijo el Tribunal.*

*Tal situación, inobjetablemente, vulnera el debido proceso, comoquiera que un recurrente lo mínimo que espera es que se resuelvan las inquietudes expuestas en su impugnación, y cuando el juez de segundo grado se sustrae de dar contestación a todos los planteamientos contenido en el recurso, desconoce esa garantía fundamental, más cuando se limita el superior a repetir los argumentos ofrecidos por el inferior jerárquico.*

*Es más, los jueces no analizaron el contenido del artículo 74 de la Ley 65 de 1993 (modificado por el artículo 52 de la Ley 1709 de 2014), en el que se señala que corresponde a la Dirección del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario disponer el traslado de los internos por decisión propia o por solicitud formulada ante ella, cuando se presente alguna de las causales previstas en el artículo 75 ibídem, entre las cuales está “Cuando sea necesario por razones de seguridad del interno”, situación ésta que se presenta en los eventos en los cuales el confinado es un indígena, como a menudo sucede y es de conocimiento en el mundo judicial.*

*Tampoco estudiaron la jurisprudencia constitucional en torno a la posibilidad de que un indígena cumpla la pena al interior de un centro de reclusión ordinario, pero en un pabellón especial, a fin de proteger esa integridad no solamente física, sino también cultural.*

*En efecto, la Corte Constitucional, al estudiar el caso de varios ciudadanos indígenas reclusos en una cárcel común, quienes reclamaban un patio exclusivo, en virtud a las agresiones físicas y discriminación de que eran objeto, esto dijo 10:*

*“La Corte estudió los mecanismos de coordinación entre el INPEC y las autoridades indígenas para garantizar la preservación del derecho a la integridad cultural de los indígenas reclusos en cárceles del sistema ordinario con fundamento en el precedente constitucional sobre la materia. Efectuó una tarea de sistematización sobre las reglas de coordinación para el cumplimiento de la pena, y determinó las circunstancias en las que resultaría posible la*

*ejecución de la pena impuesta... en un centro de reclusión ordinario, que pueden resumirse básicamente en tres: “para preservar la vida y la integridad física de las autoridades de la comunidad, o de la comunidad en general, 11 debido a la falta de desarrollo institucional de los pueblos indígenas 12 y con el fin de evitar el ‘riesgo de linchamiento’ al condenado. 13*

*Y concluyó que “los indígenas tienen derecho a ser reclusos en espacios especiales, lo cual no quiere decir que deban ser reclusos en recintos exclusivos. Lo importante es que se encuentren ubicados en un pabellón donde se garantice en la mayor medida posible la conservación de sus usos y costumbres, y que se lleve a cabo un acompañamiento de las autoridades tradicionales de los resguardos o territorios a los que pertenecen”.*

*Y es que, en relación con el estudio, SARMIENTO TRILLOS argumentó en el escrito contentivo de la sustentación del recurso de apelación contra la decisión del juzgado, que ello no era suficiente para predicar aculturación, pues, conforme lo preceptuado en el Convenio 169 de la*

*O.I.T. de 1989, adoptado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991,*

*se podía a llegar a tal conclusión, con las pruebas obrantes dentro del diligenciamiento, y pese a ello procedieron a referirse, de manera sintética, a la aculturación del peticionario, sin profundizar en ese tema, pese a que habían conocido de la actuación penal, en la que, muy seguramente, existían mayores elementos de juicio para el efecto.*

*En efecto, esto dijeron los funcionarios de primera y segunda instancia, en su orden:*

*Así las cosas fácil resulta concluir que en el caso sub examine, si bien se trató de probar que el señor CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS era miembro activo del cabildo indígena ISMUINA del municipio de Solano Caquetá..., no se demostró que éste hasta la fecha siguiera las costumbres y tradiciones del pueblo indígena al que pertenecía y por el contrario, del acervo probatorio analizado durante el juicio oral se estableció claramente que era miembro activo de la Policía Nacional en el grado de Subintendente, lo que significa que desde años atrás se había alejado de su resguardo y había dejado a un lado las costumbres y tradiciones indígenas del pueblo al que pertenecía, para desempeñarse como miembro de la fuerza pública en el departamento de Antioquia, apartándose también, de manera física de la región donde se ubica el cabildo de la comunidad ISMUINA (municipio de Solano Caquetá), por lo cual no se puede indicar en este momento que el prenombrado continúa arraigado a la tribu indígena a la cual en algún momento perteneció, pues de manera voluntaria la abandonó para optar por una visión del mundo occidental y sus tradiciones, incluso, en lo que respecta a su esfera laboral.*

*= 0 =*

*...aunque es cierto que existe una certificación que da cuenta de la pertenencia del condenado a la comunidad indígena ISMUINA y que, además, dicha comunidad cuenta con una maloca que, al sentir del INPEC, cuenta con las condiciones para garantizar el cumplimiento de una pena, y que las autoridades de la comunidad ISMUINA expresan su intención de recibir al señor SARMIENTO TRILLOS, [acontece que] tal y como lo hace constar el señor*

*Juez de primera Instancia, el referido ciudadano, aunque nació en el seno de dicha comunidad indígena, se apartó de la misma e ingresó a la Policía Nacional, y siendo integrante de dicha entidad, a muchos kilómetros de distancia de su comunidad, es que resulta involucrado en los hechos por los cuales se emitió sentencia condenatoria en su contra, por lo que no se puede decir, ahora, que para proteger su diversidad cultural se hace necesario que cumpla con la pena que debe soportar al interior de dicha comunidad.*

*...en el presente caso CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS no es extraño a la sociedad en la que se encuentra el establecimiento de reclusión donde hoy está privado de la libertad, pues él era antes de los hechos, como ya se indicó, miembro activo de la Policía Nacional, por ende conocía y laboraba en el medio social en el que se encuentra el sitio de reclusión donde hoy permanece y por lo mismo no se puede decir que con su estancia en él se afecta una diversidad cultural de la que él se había apartado previamente.*

*De lo anterior emergen los siguientes interrogantes:*

*¿cuáles son las pruebas en las que se basaron los funcionarios judiciales para indicar que el peticionario no seguía las costumbres y tradiciones del pueblo indígena al que pertenecía?, acaso desde cualquier parte del país, o del mundo, no se pueden practicar ritos y similares, como acontece, por ejemplo, con los musulmanes en relación con su oración?, ¿cuál es el acervo probatorio indicativo de que por ser miembro de la Policía Nacional se había alejado de su comunidad des hacía varios años?, será que ¿el simple hecho de estudiar en establecimiento de la población mayoritaria, per se, conlleva una aculturación?, ¿cuál es el soporte para señalar, palabras más, palabras menos, que CARLOS ENRIQUE no visitaba su región y, especialmente, su resguardo, en el que, incluso, a decir del Presidente indígena, reside su hijo de doce años de edad?.*

*Incluso, los jueces no tuvieron en cuenta en lo más mínimo el acontecer delictual, el que resulta de vital importancia para efectos de, por ejemplo, pedir al INPEC la reclusión de SARMIENTO TRILLOS en una cárcel común, pero en pabellón especial o diferencial, nótese que no solamente se predica su condición de indígena, sino que también era Policía, es decir, era servidor público, por lo que también, en esa circunstancia requiere de un internamiento*

diferente al del común de reos.

*Pero si lo anterior fuera poco, resulta que los falladores no realizaron el más mínimo esfuerzo por recopilar información que les permitiera soportar la alegada aculturación de CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS, sino que, como fue aducido por éste en el recurso de apelación, ello obedeció a apreciaciones subjetivas.*

*En consecuencia, la Sala concederá la dispensa solicitada en lo que al derecho fundamental al debido proceso se refiere, teniendo en cuenta que: (i) hubo ausencia de motivación sobre dos de los argumentos expuestos por el recurrente, (ii) motivación incompleta o deficiente en relación con el problema jurídico planteado por el aquí accionante, especialmente en lo que hace relación al material probatorio que llevara a pregonar aculturación del mismo, (iii) las providencias cuestionadas no son debatibles mediante la interposición de otro recurso y (iv) la demanda de tutela fue presentada dentro de un término razonable.*

*Es por lo anterior que los autos proferidos por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 16 de diciembre de 2019, y por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Departamento, calendado 19 de febrero del año en curso, serán sancionados con nulidad, a fin de que se vuelvan a proferirse, al menos el primero, en principio si no hay segunda instancia, con respeto al principio fundamental del debido proceso, teniendo en cuenta las consideraciones aquí plasmadas, lo que deberá hacerse dentro de los diez (10) días siguiente a las notificación del presente fallo.*

*El amparo así concedido, releva a la Sala, en esta oportunidad, del deber de analizar las restantes situaciones que el demandante considera también le lesionan sus derechos fundamentales dentro de la situación procesal estudiada, por simple sustracción de materia.*

*En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión de Tutelas N.º 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,*

## **RESUELVE**

**Primero:** AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de CARLOS ENRIQUE SARMIENTO TRILLOS, por las razones contenidas en esta decisión.

*En consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD de los autos proferidos por el Juzgado 2º Penal del Circuito Especializado de Antioquia, el 16 de diciembre de 2019, y por la Sala Penal del Tribunal Superior del mismo Departamento, calendado 19 de febrero del año en curso, para que, en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación del presente fallo, el juez singular vuelva a pronunciarse sobre la solicitud de traslado elevada por SARMIENTO TRILLOS, con respeto al principio fundamental al debido proceso, teniendo en cuenta las consideraciones aquí plasmadas.*

**Segundo:** REMITIR el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión, en el evento de no ser impugnada esta sentencia”.

*“De igual manera, me sirvo traer a colación la siguiente normatividad y jurisprudencia:*

*LEY 21 DEL 4 DE MARZO DE 1991 por medio de la cual se aprueba el convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes adoptado por la 76 A reunión de la conferencia general de la OIT ginebra de 1989.*

*ARTICULO 21. Los miembros de los pueblos interesados deberán poder disponer de medios de formación profesional por lo menos iguales a los demás ciudadanos.*

*“SENTENCIA T- 921 DEL AÑO 2013, en diferente aparte ha dicho lo siguiente: “debe destacarse que la pena tiene una función de resocialización, es decir, reintegración de la persona que ha cometido un delito a su entorno, por lo cual en aquellos casos en los cuales se aplica la jurisdicción ordinaria, la pena en relación con los indígenas debe darles la posibilidad de reintegrarse en su comunidad y no a que desemboquen de manera abrupta en la cultura mayoritaria*

*“En consecuencia, se debe verificar que el indígena sea tratado de acuerdo a sus condiciones especiales, conservando sus usos y costumbres preservando sus derechos fundamentales y con 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”.*

*“En todo proceso penal debe tenerse en cuenta la condición de indígena en el momento de determinar el lugar y las condiciones especiales de privación de su libertad, independientemente de que no se aplique el fuero penal indígena, pues si esta no se tiene en cuenta, se afecta su derecho a la identidad cultural y su dignidad humana”.*

*“La diversidad cultural de los indígenas privados de la libertad debe protegerse independientemente de que se aplique en el caso concreto el fuero indígena, lo cual deberá ser tenido en cuenta desde la propia imposición de la medida de aseguramiento y deberá extenderse a la condena. En este sentido, la figura constitucional del fuero indígena autoriza*

para que en unos casos una persona sea juzgada por la justicia ordinaria y en otros por la justicia indígena, pero en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura”.

“Es importante resaltar el informe de la Defensoría del Pueblo sobre indígenas en prisión, (Situación de indígenas privados de libertad en establecimientos carcelarios:

propuestas para un pluralismo igualitario 2016)  
<http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Users/057/57/57/indigenas%20privados%20de%200la%20libertad%20FINAL-ilovepdf-compressed.pdf?ver=2018-02-16-123528-470> donde se establece que “En la mayoría de los establecimientos carcelarios no se tiene un área específica para la atención de los indígenas, por lo cual no se reúnen las condiciones para vivir dignamente acordes con su diversidad étnica y cultural, presentándose una amenaza frente a sus derechos constitucionales. Tampoco hay sitios especiales donde el interno indígena pueda desarrollar sus costumbres; y existe además una ostensible falta de frentes de trabajo, de estudio y de actividades deportivas, recreativas y culturales respetuosas de sus orígenes y cosmovisión”.

“En concordancia con lo también ordenado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional: “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”. - Corte Constitucional, Sentencia C- 394 de 1995 de 7 de septiembre de 1995, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, expediente D-800. “RECLUSIÓN DE INDÍGENA “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 cultural, tradiciones y costumbres deben ser respetadas y garantizadas, en tanto no vulneren la Constitución y ley. Es claro que la reclusión de indígenas en establecimientos penitenciarios corrientes implicaría una amenaza contra dichos valores, que gozan de reconocimiento constitucional; de ahí que se justifique su reclusión en establecimientos especiales”.

“Finalmente, le ruego al superior jerárquico acoger nuestra solicitud porque no existe ningún elemento material probatorio que indique que el sancionado fue desarraigado de su comunidad, por el contrario, sus líderes y el MINISTERIO DEL INTERIOR, a través del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas ROM y Minorías, avalamos su vinculación como indígena, haciéndonos garantes de su reclusión.

“Así las cosas, lo que he podido analizar de esta situación en particular con respecto al traslado y la talanquera que ha puesto el honorable juez vigía, se puede evidenciar el ánimo de no dar cumplimiento a la norma, y haber obrado con negligencia, pues pudo haber exigido las pruebas que dijo extrañar para que así hubiese tenido un fundamento claro y hubiera ofrecido una decisión mejor motivada y ajustada a derecho. Por ejemplo, haberle oficiado al sancionado en su lugar de reclusión para que allegase al proceso su consentimiento con la solicitud de traslado hacia el resguardo; haberle oficiado al INPEC EPC FLORENCIA para que efectuaran la respectiva visita de inspección al resguardo indígena para ver si contaba con la infraestructura adecuada para el cumplimiento de la pena del comunero Rafael Orlando. Pero, en su lugar, se limitó a ofrecernos un contenido totalmente subjetivo.

“Sin embargo, espero que a bien lo tenga el honorable Ad quem nos serviremos aportar una prueba más, y se trata del oficio de consentimiento expedido por el sancionado indígena Rafael Orlando Huérfano Castro.

“De otro lado, y teniendo en cuenta lo extrañado por el honorable A quo es la duda sobre si la comunidad ancestral cuenta con un lugar adecuado en cuanto a la seguridad y dignidad humana que permita el cumplimiento efectivo de la sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria al comunero Rafael Orlando, para ello, le correspondería a la autoridad judicial oficiar a la Dirección del ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DEL INPEC DE FLORENCIA CAQUETÁ - EPC FLORENCIA- para que inspeccionen la comunidad indígena y rindan el respectivo informe de viabilidad”.

Finalmente, el apelante solicita al juez de segunda instancia REVOCAR la decisión recurrida y conceder las pretensiones de su solicitud.

**SEXTO:** La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve la apelación mediante decisión de fecha 08 de abril de 2022 confirmando la Providencia objeto de censura. Sin embargo, apenas hasta el pasado 24 de enero nos fue notificada, decisión en la cual afirman lo siguiente:

“El problema jurídico se contrae a resolver si la juez de EPMS acertó al negar la solicitud de traslado del acusado del complejo carcelario y penitenciario metropolitano de Bogotá COMED



*la picota al resguardo indígena Ismuina del Municipio de Solano Caquetá. Lo anterior no solo con base en los criterios que para tal efecto fijó la Corte Constitucional en la sentencia de tutela 921 de 2013, sino, inclusive, previo a ellos, en los factores que determinan el furo especial indígena o en la corroboración de la identidad étnica o raizal del condenado.*

“veamos

*“... para lo que aquí importa, es el factor personal el que, según la juez de instancia, no acreditaron los peticionarios y, en ese contexto, impide acceder a la gracia solicitada por el presidente y el gobernador del resguardo indígena Ismuina en favor de Huérfano Castro. Este elemento, también denominado subjetivo, ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en los siguientes términos:*

*“En relación con el elemento subjetivo, destaca la Corte que el aspecto relevante es la pertenencia de los individuos a una determinada comunidad indígena, sin que sea suficiente acreditar los rasgos meramente étnico. 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.*

*“En el caso bajo estudio es claro para la Sala que las autoridades administrativas del resguardo Ismuina, en verdad, no logran demostrar la concurrencia del factor subjetivo, pues si bien se aporta una certificación por parte del gobernador del cabildo Ronaldo Matías Hernández del 04 de junio de 2021, en la que indica que Huérfano Castro pertenece a la comunidad según el censo del año 2021, también lo es que no encuentra respaldo en otra documentación pasible de valor probatorio...*

*“En suma, debido a que no se acreditó el aludido elemento subjetivo para acceder a la gracia solicitada, inane resulta pronunciarse sobre los demás requisitos establecidos por la Corte Constitucional en la multimencionada Sentencia T 921 de 2013, por consiguiente, se confirmará el auto recurrido”.*

Honorable juez de tutela, es extraño que el ad quem haya omitido referirse a la certificación expedida por el Ministerio del Interior (Dirección De Asuntos Indígenas, ROM Y Minorías) la cual reposa dentro del dossier probatorio y sería de suma importancia su valoración, ya que es una entidad neutra y respetable de orden nacional encargada de manejar la base de datos de todas las comunidades indígenas del país. Pero los falladores con el único propósito de insinuar que nuestro criterio para certificar como indígena a un ciudadano está en entredicho decidieron desvalorizar esta prueba, precisamente para poder decir que “es considerado por su comunidad como miembro activo” y no afirmar que fue probada su identidad étnica y cultural.

De igual forma, es inaceptable el hecho de que el ad quem no se haya referido al material probatorio que mis representantes en la sustentación del recurso de apelación se sirvieron aportar con el fin de dar mayor certeza a mi condición de indígena y mi arraigo cultural y étnico con mi comunidad, pues precisamente por esta misma razón fue confirmada la decisión de primera instancia.

Entonces, si el fallador de primera instancia, no hizo nada para despejar sus dudas frente a mi arraigo cultural, como el haber decretado pruebas, ante tal situación, era apenas lógico que en

la sustentación del recurso de apelación se tratase de fortalecer lo que ya se venía demostrando desde la petición primigenia, y era apenas justo que en sede de segunda instancia estos elementos hubiesen sido valorados, pero en su lugar, ni siquiera se hizo mención de ellos ni para indicar que no procedían, por ejemplo. Y me refiero a las siguientes pruebas:

1) Fotografía del suscrito con el objetivo de mostrarle al fallador sobre mis rasgos indígenas ya que fue un tema traído a colación en las decisiones recurridas.

2) Declaración juramentada de mi esposa, la comunera JUSTINA GÓMEZ RUBEGUTOFE quien es indígena y habita en nuestro territorio, y su fotografía.

3) Constancia expedida por la personería Municipal de Solano, Caquetá por medio de la cual, da fe de que mi señora madre biológica es indígena y habita en mi comunidad, así como mi señor padre QEPD también habitó allí.

Honorables magistrados, considero que por parte de los solicitantes aportaron suficiente material probatorio, y es aquí donde el administrador de justicia debe entrar a hacer su labor con humildad, con dedicación, que se note que quiere fallar con justicia, mas no con suspicacia y hostilidad, pues pudieron solicitar las pruebas que dijeron extrañar. Sin embargo, si ya es desproporcionada su exigencia pues jamás alguna comunidad indígena del país podría llegar a cumplirlas. Y es aquí donde el factor subjetivo pasa a ser arbitrariedad, cuando ni siquiera se desarrollan procedimientos objetivos para desvirtuar las pruebas a las cuales se les está restando valor.

Y, es que no hay peor ciego que quien no desea ver, pues en el proceso reposan 3 certificados, todos hacia el mismo derrotero, confirmando mi pertenencia a la comunidad ancestral, y todos no pueden estar equivocados, si he sido certificado tantas veces es porque tengo un arraigo, una historia, una identidad étnica y cultural, pues yo no creería que todas estas entidades certifiquen a algún ciudadano del común que se levantó una mañana queriendo convertirse en indígena y ya, su sueño se le cumplió. También reposa en el proceso un informe rendido por la máxima autoridad de mi comunidad donde hace un extenso relato sobre mi vida en la comunidad desde mi niñez, denominado “informe sobre el arraigo cultural del comunero Rafael Orlando Huérfano Castro”. Ahora bien, si a lo que se refiere el fallador es que actualmente no vivo “en gracia y en desarrollo de sus costumbres” pues precisamente en esa lucha estamos unidos mi comunidad y yo, por reintegrarme, por recuperar lo perdido, porque no me siga consumiendo las creencias y cultura de la población mayoritaria, ya que a esto es que se refiere nuestra Carta Magna al reconocernos como población ancestral de especial protección y nos asigna una jurisdicción propia. Sin embargo, considero que NO ES LA ANTIGÜEDAD BIEN SEA DEL CERTIFICADO ESTATAL O DE LOS EXPEDIDOS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE CADA COMUNIDAD LO QUE HACE O NO AL INDÍGENA, que hay una historia real mucho más de fondo, y que nuestra AUTONOMIA JURISDICCIONAL les permite a cada gobernador indígena certificar si una persona o no pertenece a la misma, y en el presente caso, los certificados incorporados en el proceso son genuinos, es el formato que siempre han utilizado para expedir las certificaciones de pertenencia, y la anualidad a la que hace mención de ninguna manera se refiere al tiempo de pertenencia a la comunidad sino, a que se revisa el listado censal aportado al Ministerio del Interior del último año. Y, es que sería una grosera contradicción el hecho de que las mismas autoridades administrativas indígenas expidan un documento titulado como “informe sobre el arraigo cultural del indígena RAFAEL ORLANDO HUERFANO CASTRO” en donde confirman mi pertenencia y militancia en nuestro territorio DESDE MI NIÑEZ, y que a la vez certifiquen en otro documento que solo integré la misma en la última anualidad. De tal manera, que estamos ante una mala interpretación que ligeramente las accionadas le han dado a una fecha citada en uno de los certificados.

Es así, como quiero resaltar, que rechazó categóricamente el hecho de que se pretenda medir el arraigo étnico y cultural de cualquier persona indígena con la anualidad que figure en algún certificado expedido por cualquier entidad o autoridad, ya que, con ello, de contera, sería un atentado directo a nuestra autonomía, autoreconocimiento y jurisdicción especial indígena.

Honorables magistrados, en ninguna normatividad o sentencia de las altas Cortes está especificado que solamente en la etapa del juicio o al momento de proferirse la condena sea el momento de solicitar el cambio de lugar de reclusión, pues por el contrario en la mayoría de textos que se refieren al tema y que no los transcribo porque ya se han mencionado aquí, expresan que el juez que vigila la pena debe ser quien ordena, quien resuelve etc. Sin embargo, con la humildad que nos caracteriza a los pueblos nativos, me serviré indicar que al momento de mi captura y posterior condena yo no tenía bien claro que estuviera permitido que un indígena capturado y procesado por la jurisdicción ordinaria pudiera purgar su sanción dentro de su territorio. De igual forma, hace apenas 2 años que mi comunidad se ha venido fortaleciendo en este tema penitenciario, y ahora cuentan con un establecimiento (maloca) adecuado para albergar a los comuneros sancionados por cualquiera de las jurisdicciones, con una guardia conformada por 20 hombres y mujeres, y con un sistema claro encaminado a la efectiva resocialización de la persona infractora pero que no afecta nuestra identidad étnica y cultural, sino, que la fortalece, buscando siempre rescatar los valores y normas de convivencia que se hayan perdido en nosotros. Y es que si revisamos la jurisprudencia que se ha venido citando desde los albores de este caso nos quedaría bastante claro que las Honorables Cortes disponen que debe haber una COORDINACIÓN Y COLABORACIÓN entre las dos jurisdicciones para que llegue a feliz término este tipo de procesos de cambio de lugar de reclusión, porque son conscientes que en este campo somos “incipientes” calificativo que las Cortes le dan a nuestra justicia propia, claro está que en buenos términos.

Pero, si por el contrario la jurisdicción más poderosa, la que cuenta con todos los medios, recursos y apoyo Estatal actúa como en el presente caso, con arrogancia, con suspicacia, con deseos enormes de vencer jurídicamente a la más débil, entonces aquí se estaría atentando contra la hermenéutica de las normas y jurisprudencia tantas veces citadas.

Respetado Juez Constitucional, considero que el fundamento jurídico utilizado por el fallador de segunda instancia al referirse a las reglas a tener en cuenta en un procesado indígena para resolver sobre su fuero especial, allí la Corte se refiere es al momento de su juzgamiento, en donde se decidirá por cuál de las dos jurisdicciones debe de ser procesado, más no se refiere al lugar donde deba purgar la sanción. Pues, frene al tema que nos ocupa, la Corte Constitucional en más reciente pronunciamiento dijo lo siguiente: sentencia T – 515 de 2016

*“4.4.8 en aplicación de esas prerrogativas, en esa misma sentencia se dijo que para los casos en que una persona indígena sea condenada por la jurisdicción ordinaria, ésta podrá cumplir la condena en su resguardo Indígena siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad”.*

Lo anterior significa claramente que los requisitos para darse el traslado aquí rogado ya están fijados en diferentes pronunciamientos de las altas cortes, mas no se dejan a criterio de cada célula judicial. Y, dichos requisitos se hallan superados en el caso que nos ocupa Y, es que se halla probado que el gobernador de mi comunidad indígena ISMUINA certificó por medio de un informe de arraigo cultural mi pertenencia a esta comunidad, pues así lo dispuso la Corte al fijar los requisitos a seguir para tal proceso en sentencia T-515/2016, y será lo único que podrían los falladores de instancia en su amañada valoración considerar insuficiente, pues veo que en nada respetan ni reconocen nuestra jurisdicción especial. Pero, no podrían desconocer, por ejemplo, una respuesta que hubiese podido ofrecer La COORDINACIÓN DE GRUPO DE INVESTIGACIÓN Y REGISTRO DE LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS, ROM Y MINORÍAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR al haber sido oficiada, o en su defecto, haber ingresado a la página del ministerio del interior:

<https://datos.mininterior.gov.co/VentanillaUnica/indigenas/censos/>

Página en donde se puede generar la descarga del respectivo certificado de mi pertenencia a la comunidad indígena ISMUINA. Y, es que las accionadas no pueden pretender que la carga de practicar estas pruebas repose sobre nuestros hombros. Sin embargo, con el fin de hallar una pronta solución, hemos ofrecido mucho más de lo ordenado en la sentencia T- 515/2016.

Además, considero que a estos criterios personales de los jueces de instancia habría de prestársele demasiada atención porque estamos frente a una decisión judicial que debería irradiar prestigio y seriedad, y al no ser así, sería el Juez Constitucional el llamado a subsanar los yerros evitando el auspicio de la arbitrariedad procesal que como en el presente caso, vulnera derechos de raigambre constitucional.

**SEPTIMO:** En este acápite solo quiero solicitar a la jurisdicción ordinaria que no consideren este tipo de traslados como “un beneficio” ya que no aplica esta figura, pues estamos simplemente frente a una solicitud de cambio de lugar de reclusión amparada por la normatividad y jurisprudencia colombiana. Tampoco estamos frente a un “cambio de jurisdicción” pues de ninguna manera se pretende desnaturalizar la sanción impuesta por la jurisdicción ordinaria.

Para finalizar, me permito aportar de mi mano el certificado expedido por la coordinación del GRUPO DE INVESTIGACIÓN Y REGISTRO DE LA DIRECCIÓN DE ASUNTOS INDÍGENAS, ROM Y MINORÍAS DEL MINISTERIO DEL INTERIOR y espero que a bien lo tenga el Honorable Juez de tutela.

De tal manera, que existen todas las condiciones para que me sea concedido el traslado hacia el centro de armonización y justicia de mi comunidad indígena. Pero, tenemos que, por mero capricho de los falladores de instancia, no me ha sido concedido.

Y es aquí donde mi esperanza reposa ahora en el juez de tutela, porque ya se completan dos años en este pleito, y yo continúo perdiendo mi naturaleza, mi idiosincrasia, siendo consumido por las costumbres de la población mayoritaria. Y no es lo mismo estar por fuera de mi comunidad, pero en condición de ciudadano que goza de su libertad, en donde podía elegir alimentarme, dormir, practicar mi espiritualidad, sanar mis enfermedades y vestirme conforme a mis usos y costumbres, que estar por fuera de ella, pero encerrado en un pabellón con hacinamiento en donde el mismo INPEC y los demás reclusos IMPONEN las costumbres del hombre blanco.

Por las potísimas razones expuestas, solicitaré al Juez constitucional se sirva DEJAR SIN EFECTO las providencias aquí demandadas, y en su lugar disponga ORDENAR al Juzgado Veintiocho de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Bogotá, que de manera inmediata se sirva CONCEDER mi traslado hacia el Centro de Armonización y de Justicia de la comunidad indígena ISMUINA ubicada en el municipio de Solano, Caquetá. Decisión que imposibilitará a las accionadas continuar generando un desgaste a la administración de justicia y prolongando la vulneración a mis derechos invocados como vulnerados.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS.

A continuación, Señores Magistrados, me permito relacionar apartes de la sentencia T-515 de 2016, así como también transcribiré parte de la sabia decisión de la Honorable Corte Constitucional.

“(...)

*La Sala Octava de Revisión resolvió el siguiente problema jurídico: "determinar si la actuación del Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad accionado, amenaza o vulneró los derechos constitucionales fundamentales del accionante, a la libertad, a la jurisdicción especial indígena, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural, toda vez que invoca encontrarse detenido ilegalmente en establecimiento de reclusión, habiendo cumplido*

*previamente la pena impuesta por la jurisdicción especial indígena."*

*Después de analizar el principio de enfoque diferencial, de acuerdo con la Carta Política, los diferentes instrumentos internacionales y el precedente jurisprudencial constitucional, esta Corporación señaló que "en casos de precedencia de la investigación y juzgamiento de la conducta punible por la jurisdicción ordinaria, ante la ausencia en la configuración de los elementos constitutivos del fuero especial indígena, [...] Todos los jueces de la República, sin excepción de ningún tipo, deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de dichos pueblos, dando preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. Pero como regla general, independiente de la jurisdicción aplicable, los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión."*

*(. . .)*

*5.5.2.5. Por su parte, en la sentencia T-975 de 2014 la Sala Séptima de Revisión estudió el caso de un indígena que había sido juzgado por la jurisdicción indígena y recluido en un establecimiento penitenciario ordinario. Después de reiterar las reglas establecidas en la sentencia T-921 de 2013, la Sala señaló:*

*"Par tal motivo, y así como a través de la colaboración armónica entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, esta Corte permitía 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."*

*(...)*

*5.8. Y tercero, en el evento en el que una persona indígena (i) sea responsable de la comisión de un delito, (ii) no cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial y (iii) sea condenado por la jurisdicción ordinaria, esta podrá cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.*

*(...)*

*6.2. Como se puede advertir del anterior capítulo, existe una Idónea jurisprudencia consolidada que establece que cuando una persona indígena se encuentra recluida en un establecimiento penitenciario ordinario se deben adoptar medidas de protección que garanticen la conservación de sus costumbres y de su identidad cultural, entre las que se encuentra el cumplimiento de la pena impuesta en su resguardo.*

## **CONCLUSIONES**

*7.1. De acuerdo con las disposiciones normativas de rango constitucional y legal, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de esta Corporación, los indígenas tienen derecho a la aplicación de un enfoque diferencial en materia carcelaria y penitenciaria que les permita garantizar la protección y permanencia de sus costumbres y tradiciones étnicas. Esto implica que las indígenas que se encuentran recluidos en un establecimiento penitenciario ordinario por disposición de la máxima autoridad de su resguardo o por no haber cumplido los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial, tienen*

*derecho a pagar su condena en un pabellón especial que les garantice la protección de su derecho fundamental a la identidad cultural, o a ser enviados a su resguardo para cumplir dentro de su ámbito territorial la sanción.*

*En el evento en el que una persona indígena sea responsable de la comisión de un delito, no cumpla con los presupuestos jurisprudenciales para acceder al fuero especial y haya sido condenado por la jurisdicción ordinaria, esta podrá cumplir la condena en su resguardo indígena siempre que la máxima autoridad indígena así lo solicite y la comunidad cuente con instalaciones idóneas para garantizar la privación de la libertad en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad.*

*En segundo lugar, es inadmisibles desde el punto de vista constitucional que la señora Diocelina Osorio Docresama se encuentre recluida en un establecimiento penitenciario ordinario, poniendo en riesgo sus costumbres, tradiciones y cosmovisión, es decir, su identidad étnica y cultural, aun cuando esta Sala concluyó que cumplía los presupuestos jurisprudenciales para pagar la condena privativa de la libertad en su resguardo indígena. Al decidir de esa manera el caso objeto de estudio, violaron el precedente constitucional y, por lo tanto, el derecho fundamental a la igualdad de trato por parte de los órganos jurisdiccionales. Además, desconocieron el carácter normativo de la Carta Política, y el valor de la jurisprudencia como fuente de derecho, en los términos ya expuestos.*

## **RESUELVE:**

**Primero.-REVOCAR** la sentencia del diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016) proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que negó la acción de tutela presentada por Diocelina Osorio Docresama, mediante apoderado judicial, contra el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira y la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira; y la sentencia del cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016), emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la anterior. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y a la identidad cultural de la señora Diocelina Osorio Docresama.

**Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS** las decisiones proferidas por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pereira el veintidós (22) de abril de dos mil quince (2015), confirmada en todas sus partes por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira el diez (10) de agosto de dos mil quince (2015), que negaron el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria a la señora Diocelina Osorio Docresama en su resguardo indígena, en cuanto desconocieron el precedente jurisprudencial de esta Corporación relativo al traslado de los indígenas a su resguardo para el cumplimiento de la pena impuesta por la jurisdicción ordinaria.

De otra parte, la Honorable Corte Suprema de justicia sala de casación penal, ha prestado gran interés en la importancia que reviste la protección de los derechos de los pueblos indígenas, lo cual se refleja en la publicación hecha en marzo del 2017, del libro "JUSTICIA Y PUEBLOS INDIGENAS; Jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos" en el cual se recopila gran jurisprudencia histórica relacionada con el tema indígena".

### **PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL:**

La Corte Constitucional ha manifestado que la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales está sujeta a la observancia de presupuestos generales, que, de cumplirse en su totalidad, habilitarían al Juez de tutela para revisar las decisiones judiciales puestas a su consideración. Tales presupuestos fueron consagrados en la Sentencia C-590 de 2005, de la siguiente manera:

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

Claramente al negar el traslado de un indígena a su resguardo, negándose sus derechos reconocidos constitucionalmente, su fuero y la protección de los derechos fundamentales de la integridad étnica y cultural de la comunidad indígena e igualdad, se torna este en un tema de relevancia Constitucional.

2. Que se hayan agotado todos los medios –ordinarios Extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio fundamental irremediable.

Consta en las pruebas y anexos que se agotaron los medios ordinarios y extraordinarios exigidos.

3. 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.
4. Esta tutela es interpuesta cuatro semanas después de que me fuera notificada la última actuación dentro de este caso (fallo en segunda instancia proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, notificado el pasado 24 de enero al correo electrónico [culturanativa1286@gmail.com](mailto:culturanativa1286@gmail.com) ) tiempo el cual he ocupado para recolectar la información, jurisprudencia y pruebas necesarias para hacer contundente la presente acción de tutela. Así que considero que se cumple con el requisito de la inmediatez.
5. 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.

En este caso la irregularidad consiste en la inobservancia de la Constitución, las leyes y jurisprudencia de la corte, lo que conllevó a que fueran afectados derechos constitucionales.

6. 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.

Probado quedó en el acápite de hechos la vulneración a mis derechos constitucionales y la inobservancia de la jurisprudencia, lo cual llevó a los falladores a resolver conforme a su criterio personal y subjetivo, ya que, en lugar de efectuar y ordenar investigación y pruebas, lo que hicieron fue cerrar el caso sin dejar opción de remediar lo que dijeron extrañar. De igual forma, siempre los solicitantes (mis líderes indígenas) han venido alegando la misma situación e incluso en la sustentación de la apelación plantearon la práctica de algunas pruebas para que

se esclareciera el caso, pero jamás fueron escuchados, razón por la cual se crea la necesidad de acudir a la acción de tutela.

7. Que no se trate de sentencias de tutela".

El Tema que nos ocupa proviene de un proceso surtido ante la jurisdicción ordinaria y no de una acción de tutela.

Una vez se verifique el cumplimiento de los requisitos generales referidos, el accionante deberá demostrar la ocurrencia de alguna de las causales específicas de procedibilidad en que pudo incurrir la autoridad judicial al proferir la decisión cuestionada.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido 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.

Demostrado queda en el acápite de Hechos, que existen las normas constitucionales y tratados internacionales, así como la jurisprudencia de las Honorables Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional con respecto al procedimiento que debió ser abordado por los falladores, sin embargo, tal vez por desconocimiento actuaron completamente al margen de estos. Pues, en síntesis, lo que indica la Honorable Corte en SENTENCIA T-515 de 2016, es que los criterios a seguir son los siguientes: i) el gobernador del resguardo certifique y manifieste abiertamente que el penado hace parte de esa comunidad, y ratificarlo al momento de presentar su solicitud ANTE EL JUEZ VIGÍA, ii) el gobernador deberá certificar si cuenta con disponibilidad física y de seguridad necesarias, iii) EL JUEZ VIGÍA de la pena deberá constatar que efectivamente el resguardo cuente con las instalaciones pertinentes para mantener privado de la libertad al sancionado en condiciones dignas y de salubridad requeridas, iv) la autoridad indígena y EL JUEZ ENCARGADO DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA, darán cuenta de las posibilidades que tiene el INPEC para realizar las visitas que estime pertinentes.

Honorable juez Constitucional, primero que todo explicaré la razón por la cual puse en mayúscula las expresiones de "juez vigía de la pena", y es precisamente para probar lo dicho con antelación sobre el error de los falladores al negar la solicitud de mi traslado argumentando que debió presentarse en la etapa del proceso o en la audiencia condenatoria. Y en segunda medida, quiero demostrar que todos los requisitos objetivos se hallan superados y fueron aportados desde la solicitud primigenia, incluso se aportaron de más el certificado expedido por otra autoridad indígena (presidente ASCAINCA) y por la oficina de enlace departamental del Caquetá, también fotografías, todo con el fin de ofrecer un mayor acervo probatorio que le permitiera al juez tomar una decisión de fondo, precisa y acertada. Pero, nada de esto fue valorado y hallaron más práctico despachar desfavorable la pretensión de mi gobernador con argumentos subjetivos o criterios totalmente personales.

- c. defecto factico, que surge cuando el Juez carece del apoyo probatorio que permitió la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.
- a. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.
- b. Error inducido, que se presenta cuando el Juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engarfió lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.
- c. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos facticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.
- d. 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.

En diferentes oportunidades la Corte suprema y la Corte Constitucional se han pronunciado en jurisprudencia aquí citada, sobre el procedimiento a seguir en casos como el que nos ocupa, jurisprudencia que no fue tenida en cuenta o es desconocida por los falladores y por supuesto todo esto los ha llevado a afectar derechos constitucionales.

- e. Violación directa de la Constitución."

Probado quedó en el acápite de hechos y con las pruebas aportadas que se están vulnerando

derechos protegidos por la Constitución y tratados internacionales.

Así las cosas, Honorables Magistrados, respetuosamente considero que tanto el Juez executor, como el de segunda instancia incurren en una vía de hecho, al tomar decisiones desconociendo los preceptos constitucionales, convenios internacionales y jurisprudencia de las Honorables Cortes en el tema concreto que nos ocupa.

### **DERECHOS VULNERADOS**

Al no disponer mi remisión del recinto ordinario donde me hallo recluido hacia la el centro de armonización y justicia de mi comunidad indígena ISMUINA del Municipio de Solano, Caquetá, considero que se presenta una vulneración a los derechos fundamentales Constitucionales:

- i) al debido proceso
- ii) al autorreconocimiento como parte de una colectividad especial
- iii) a la diversidad étnica y cultural
- iv) a la jurisdicción especial indígena
- v) al proceso resocializador con enfoque diferencial.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

Actuando en nombre propio, acudo ante el juez constitucional para solicitar la protección de los derechos mencionados anteriormente

De acuerdo a:

Pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en sentencia STP16538- 2017. Radicación n° 94155. Acta 336. Nueve (9) de octubre de dos mil diecisiete (2017). Magistrado ponente FERNANDO LEON BOLANOS PALACIOS.

Sentencia T-515 de 2016

Sentencia T-921 de 2013 corte Constitucional

Convenio 169 OIT declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de pueblos indígenas. Artículos 8,9,10,20,21.

Constitución política de 1991 artículos 7 y 246. Sentencia T-764 de 2014. Corte Constitucional. Sentencia radicado 46556. Providencia SP15508-2015 de fecha 08/11/2015 corte suprema de justicia.

Sentencia T-001\_12 corte Constitucional.

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

...

*Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y cultura/es, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.*

### **PRUEBAS**

Con el fin de establecer la vulneración de mis derechos, solicito señor Juez de tutela se sirva tener en cuenta las siguientes pruebas:

1. Petición de fecha 04 de junio de 2021 junto con 7 archivos pdf anexos elevada ante el Juzgado veintiocho de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá por parte del presidente y del gobernador de mi comunidad indígena.
2. Copia del auto interlocutorio No.1659 del 13 de octubre de 2021, mediante el cual el Juzgado 28 de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá niega mi traslado a resguardo.
3. Copia de la sustentación del recurso de apelación de fecha 25 de octubre de 2021 frente al auto interlocutorio No. 1659 del 13 de octubre de 2021 y sus respectivos anexos, radicada ante el juzgado 28 de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá.

4. Copia de la decisión de segunda instancia emitida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Bogotá de fecha 08 de abril de 2022.

5. Constancia de mi clasificación en fase de tratamiento de Mediana Seguridad expedida por el INPEC.

6. Certificación expedida por el Ministerio del Interior, Coordinación de asuntos Indígenas que da fe de mi pertenencia a la comunidad Indígena Ismuina.

### **PRETENSIONES**

Con fundamento en los hechos relacionados, solicito Honorables Magistrados disponer y ordenar a mi favor lo siguiente:

PRIMERO: Tutelar mis derechos fundamentales

i) al debido proceso

ii) al autoreconocimiento como parte de una colectividad especial

iii) a la diversidad étnica y cultural

iv) a la jurisdicción especial indígena

v) al proceso resocializador con enfoque diferencial.

SEGUNDO: Ruego a la Honorable Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que de ser concedido el amparo a mis derechos invocados como vulnerados, se disponga DEJAR SIN EFECTO las providencias aquí demandadas, y en su lugar ORDENAR al juzgado veintiocho de ejecución de penas y medidas de seguridad de Bogotá, que de manera inmediata se sirva llevar a cabo las diligencias correspondientes tendientes a que yo sea trasladado a mi comunidad indígena ISMUINA del municipio de Solano, Caquetá.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Invocó como fundamentos de derecho las siguientes disposiciones:

Artículo 86 de la Constitución Política de 1991 y sus decretos reglamentarios 2591 y 306 de 1992.

Sentencia C - 590 de 2005 de la Honorable Corte Constitucional.

### **ANEXOS:**

Anexo los documentos relacionados en el acápite de PRUEBAS.

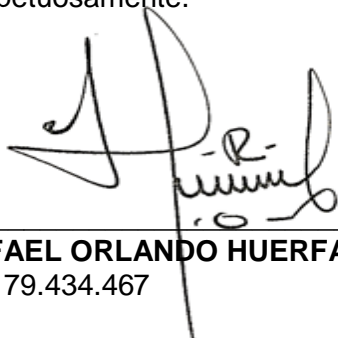
### **CUMPLIMIENTO AL ARTÍCULO 37 DE DECRETO 2591/91: JURAMENTO**

Manifiesto bajo la gravedad del juramento que no se ha presentado acción de tutela por los mismos hechos y derechos.

### **NOTIFICACIONES**

El suscrito recibirá notificaciones personales en el complejo carcelario y penitenciario metropolitano de Bogotá en el pabellón ERE 1 y al correo electrónico de mi comunidad Indígena: [culturatanativa1286@gmail.com](mailto:culturatanativa1286@gmail.com)

Respetuosamente.



**RAFAEL ORLANDO HUERFANO CASTRO**  
CC: 79.434.467





