



Justicia y pueblos indígenas

Jurisprudencia, ritos, prácticas y procedimientos





República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
PRESIDENTE

EYDER PATIÑO CABRERA
VICEPRESIDENTE

MAGISTRADOS

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO
FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO
EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA
GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNÁNDEZ
EYDER PATIÑO CABRERA
PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Bogotá, D.C, marzo de 2017

DEDICATORIA A:

LA COMUNIDAD INDÍGENA DE COLOMBIA.

Con la presente compilación la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia quiere rendir un homenaje a la comunidad indígena colombiana, exaltando su cultura, sus valores y el tesón con el que han defendido a sus pueblos, y especialmente los principios que los guían en la tarea de administrar justicia en sus resguardos.

AGRADECIMIENTOS

Especial agradecimiento a la Relatora de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y al grupo que la apoyó para lograr esta compilación jurisprudencial sobre el tratamiento jurídico a los indígenas.

PRESENTACIÓN

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia estima de importancia entregar este documento, en el que se registra la historia de la jurisprudencia sobre la competencia de quienes deben investigar, juzgar y sancionar a los miembros de una comunidad indígena por los delitos cometidos dentro o fuera de su resguardo.

En la obra se pone a consideración la conceptualización sobre algunos aspectos sustanciales y procesales de obligada consideración, relacionados con las conductas delictivas, la legislación aplicable, el juzgamiento, el fuero, la autonomía política y de autogobierno, la extradición, la expulsión del territorio indígena, la consulta previa, los conceptos de civilización, los límites de la jurisdicción y la competencia, la protección especial de menores, la pena y su cumplimiento y algunos aspectos relacionados con el habeas corpus.

Se presentan las decisiones que han marcado hito en el examen de la conducta de las comunidades indígenas cuando estas trascienden el derecho penal, haciéndose evidente los cambios sustanciales que se han gestado en la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia desde 1941.

En esta compilación se pone de presente el desarrollo jurisprudencial de la Sala de Casación Penal hasta el 2017, se muestra la evolución del pensamiento en cuanto a la persona del indígena, el trato, su dignidad, los derechos y las garantías que les corresponde.

En las decisiones de la Sala referidas en el capítulo de la evolución histórica del tratamiento penal a la persona indígena, se hace alusión a las comunidades indígenas acudiendo a

expresiones lingüísticas autorizadas en la Ley 89 de 1890, las que hoy por hoy, con los cambios de la jurisprudencia penal, especialmente de esta Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se afecta la dignidad humana, la diversidad étnica y cultural de los pueblos y la persona indígena, supuestos éstos últimos que nos impone el deber de rectificar, conducta que ya ha asumido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al hacer uso apropiado del lenguaje en las providencias proferidas en los procesos donde algún miembro de las comunidades indígenas resulta involucrado. Se da así aplicación en las providencias a la ética en lenguaje en la argumentación y solución de los problemas jurídicos.

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER
Presidente Sala de Casación Penal

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|--|------------|
| DEDICATORIA | II |
| AGRADECIMIENTOS | III |
| PRESENTACIÓN..... | IV |
| | |
| CAPÍTULO I..... | 4 |
| 1 ANTECEDENTES NORMATIVOS..... | 4 |
| 2 LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA..... | 10 |
| 3 FINALIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA | |
| 12 | |
| 4 EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE SE PROFIERA UNA LEY QUE ESTABLEZCA LAS FORMAS DE COORDINACIÓN DE ÉSTA CON LAS DEMÁS JURISDICCIONES | |
| 13 | |
| 5 LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN | |
| 15 | |
| 6 FUERO Y JURISDICCIÓN INDÍGENAS: CONCEPTO Y DIFERENCIAS.. | 16 |
| 7 JURISDICCIÓN INDÍGENA | 18 |
| 7.1 Elementos | 18 |
| 7.2 Disposición de la comunidad indígena de ejercer su competencia | 20 |
| 7.3 Oportunidad para que una comunidad indígena solicite que un proceso sea remitido a su jurisdicción | 21 |
| 8 FUERO INDÍGENA | 24 |
| 8.1 Elementos | 24 |
| 8.2 Elemento personal: la aculturación se da cuando se rompe todo nexo con la comunidad indígena y se adoptan los usos y costumbres de la sociedad dominante, lo cual no ocurre necesariamente por recibir educación | |

| | |
|---|-----------|
| de la comunidad mayoritaria o establecer vínculos laborales o profesionales con ésta | 27 |
| 8.3 Diferencia entre los sistemas sancionatorios de la comunidad indígena y la sociedad mayoritaria debe estudiarse desde elemento institucional - <i>si la jurisdicción indígena hace efectivos el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas</i> -..... | 30 |
| 8.4 Elemento institucional: la sanción establecida por la comunidad indígena - <i>puede ser no privativa de la libertad</i> - no es criterio para impedir el ejercicio de la jurisdicción indígena | 33 |
| 9 RESOLUCIÓN DE CONFLICTO DE JURISDICCIÓN PUEDE SER OBJETO DE ANÁLISIS EN SEDE DE CASACIÓN | 35 |
| 10 RECONOCIMIENTO Y RESPETO A LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA..... | 38 |
| 11 CONSIDERACIONES RESPECTO A LA IMPROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS INSTAURADO POR PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN RAZÓN A UN PROCESO ADELANTADO POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA | 45 |
| 12 EXHORTO A AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS PARA QUE PROYECTEN, DESARROLLEN E IMPLEMENTEN LOS MECANISMOS IDÓNEOS PARA QUE AUTORIDADES INDÍGENAS EMPODERADAS DE UN SISTEMA DE DERECHO PROPIO CUENTEN CON LAS HERRAMIENTAS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE SUS CONNATURALES..... | 49 |
| CAPÍTULO II..... | 52 |
| 13 GARANTÍA FUNDAMENTAL DE QUE HAYA UN TRADUCTOR DESDE EL INICIO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL -<i>idoneidad de la traducción</i>-..... | 52 |
| 14 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ENFOQUE DIFERENCIAL PARA LAS VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS, EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005)..... | 58 |
| 15 CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN DE PERSONA INDÍGENA | 67 |

| | |
|---|-----------|
| 16 CONCEPTO DESFAVORABLE DE EXTRADICIÓN DE PERSONA PERTENECIENTE A COMUNIDAD INDIGENA, POR RECONOCIMIENTO DE FUERO Y SENTENCIA SU JURISDICCIÓN. Análisis de requisitos | 68 |
| 17 ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 8, 9 Y 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT: EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CONFORME AL CÓDIGO PENAL, SE PUEDEN FIJAR MECANISMOS DE COORDINACIÓN E INTERLOCUCIÓN PARA QUE SE RESPETE EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DURANTE ESTA ETAPA | 74 |
| 18 EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 121 DE 1991 NO APLICA A MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO SINO A LAS SANCIONES PENALES. | 81 |
| CAPÍTULO III | 82 |
| ANEXO I..... | 90 |

CAPÍTULO I

JURISDICCIÓN Y FUERO INDÍGENAS

1 ANTECEDENTES NORMATIVOS

Extracto n.º 1.

| | | |
|----------------------------|---|--------------------------------|
| Número de radicado | : | 14711 |
| Fecha | : | 14/08/2000 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA (SALVAMENTO DE VOTO) |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«II.- ANTECEDENTES NORMATIVOS

1.- A partir de la Constitución de 1991, la concepción política del Estado colombiano dio un giro radical en sus principios fundamentales. Así, el artículo 1 define a Colombia como un “Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, *democrática, participativa y pluralista*, fundada en el respeto a de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

La pluralidad que se reconoce en ese primer artículo, encuentra concreción en el artículo 7 en el que “el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, reconocimiento que se extiende al idioma de los diferentes grupos étnicos - artículo 10 -; a la protección de esa diversidad en los procesos educativos - artículo 68 -; a la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales - artículos 286, 329, 330 -; y al reconocimiento de la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República - artículo 246 -.

2.- El proceso constitucional de 1991 que culminó con la expedición el 7 de julio de ese año de la Constitución Política, partió de la previa conceptualización - avalada por un fallo de constitucionalidad - de que la Constitución de 1886 se había convertido en un obstáculo, por ser

excluyente de amplios sectores de la sociedad, para el logro de la paz y el desarrollo nacional.

Con tales consideraciones se expidió primero el decreto 927 del 3 de mayo de 1990, en ejercicio de las facultades del entonces vigente Estado de Sitio, en el que “se autorizaba a la Organización Electoral para la contabilización de los votos que se produzcan en torno a la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional”, para cuya exequibilidad la Sala Plena de la Corte señaló que:

“El país ha venido reclamando el cambio institucional, aunque dentro de los cauces del orden jurídico, y ante el fracaso de los órganos del Estado responsables del mismo, ha venido pidiendo la conformación de una Asamblea Constitucional que pueda realizarlo. En las últimas elecciones populares lo manifestó así masivamente en las urnas, a pesar de que no tuvo el apoyo de los grupos políticos ni del Gobierno.

“Este movimiento ha sido tan eficaz, que los mismos alzados en armas en todos los acuerdos que vienen realizando con el Gobierno para poner fin a la subversión, han condicionado su reintegro a la vida civil a la realización de dicha Asamblea.

“Es entonces evidente que hay una clara relación de conexidad entre el decreto que se revisa y los motivos que determinaron la declaratoria del estado de sitio. Es más, el no acceder a este clamor del pueblo, será sin ninguna duda un factor de mayor desestabilización del orden público.”¹

3.- El mismo año, el 24 de agosto, se dictó el decreto número 1926 de 1990 por medio del cual se convocó a elecciones para la conformación de una asamblea constitucional.

Como uno de los propósitos de la reforma constitucional era, entre otros, que: “(...) las diversas fuerzas sociales, incluidas aquellas que se encuentran marginadas o que desarrollan actividades de protesta en ocasiones por fuera de la ley, tendrán en la convocatoria de la Asamblea Constitucional y en el proceso de reforma para la adopción de nuevos derechos y de mecanismos eficaces para asegurar su protección, una oportunidad de vincularse a la vida democrática institucional, lo cual es necesario para alcanzar la convivencia pacífica de los colombianos”, se decidió hacer excepciones a las calidades contempladas para integrar esa Asamblea, respecto de los indígenas.

¹.-Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 59 del 24 de mayo de 1990. Magistrado Ponente con reserva de identidad. (decreto 1894 de 1989).Radicación No. 2149 (334E). En Gaceta Especial Sala Constitucional, Tomo I, páginas 9 a 20.

4.- En el fallo de constitucionalidad de ese decreto, la Sala Plena de la Corte, desarrollo de la siguiente manera el concepto de legitimidad de la organización política del Estado:

“Dicho concepto {el de legitimidad} lleva implícito igualmente el reconocimiento de la evolución del derecho constitucional y del papel de las constituciones en el mundo moderno. Si bien el derecho a darse una constitución jurídica, como reguladora de la organización política, surge inicialmente con la función primordial de limitar el ejercicio del poder, de atribuir competencias, también es cierto que hoy se le agrega la de integrar los diversos grupos sociales, la de conciliar intereses opuestos, en la búsqueda de lo que se ha denominado el consenso constitucional, por lo que el acuerdo sobre el contenido de la Constitución se convierte en una premisa fundamental para el restablecimiento del orden público, la consecución de la armonía social, la convivencia ciudadana y la paz, con todo lo que dicho concepto implica, como fin último de la organización estatal.

“El deber de guarda de la integridad de la Constitución incluye el de la preservación de los valores inmanentes de la organización política, para evitar un rompimiento del orden constitucional, *permitiendo que por los cauces institucionales se introduzcan en la Carta las modificaciones necesarias para que en ellas se sienta reflejada la sociedad*”²

5.- Precisamente en este orden de ideas, el de la Constitución como manifestación documentada del pacto socio político de integración de los diversos grupos sociales, en el que las distintas fuerzas sociales, incluso las que han estado marginadas, encuentren cauces institucionales para sentirse reflejados en ella, es que se inscriben las diferentes propuestas que se recibieron en la Asamblea Constitucional para desarrollar el tema de la diversidad étnica y el reconocimiento de su jurisdicción.

Frente a la necesidad del reconocimiento de las jurisdicciones indígenas, se presentaron proyectos constitucionales por parte de los delegatarios indígenas MH y RB, así como de la Subcomisión de Igualdad y Carácter Multiétnico de la Comisión Preparatoria de Derechos Humanos, que básicamente proponían el reconocimiento constitucional del derecho a ejercer jurisdicción en sus territorios de manera articulada al sistema Judicial nacional. Y explicaba en la exposición de las propuestas el Delegatario RB, que la “noción de grupo étnico es un concepto antropológico que designa a una comunidad humana que tiene una identidad cultural particular, derivada de características sociológicas precisas”, señalando una

².-Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia No. 138 del 9 de octubre de 1990. Magistrados Ponentes Hernando Gómez Otalora y Fabio Morón Díaz. Radicación No. 2214 (351E). En Gaceta Especial Sala Constitucional, Tomo I, páginas 61 y 62.

variedad de ellas, entre las que resultan pertinente para el tema objeto de esta decisión, citar las siguientes:

“Contar con formas propias de organización social, distintas a las de la sociedad nacional, que regulen el comportamiento de los miembros del grupo, las relaciones de éstos entre sí, la organización del trabajo social y la distribución de oportunidades de acceso a los beneficios generados en la comunidad (sistema de parentesco, sistema de trabajo y régimen de propiedad comunitaria, etc.)

“Contar con formas de control social propias que aseguren la cohesión social del grupo, mediante la aplicación de sanciones por parte de autoridades propias (normatividad propia, sanciones. etc.)³

6.- En el informe ponencia para primer debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, el ponente adoptó esas características, que aunó a la explicación histórica sobre el reconocimiento de los mecanismos de solución de conflictos de los grupos étnicos, que no son más que eficaces mecanismos de control social⁴, a partir de lo cual se propuso un artículo del siguiente tenor:

“Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de los grupos étnicos nacionales, indígenas negros y raizales dentro de su ámbito territorial. La ley establecerá la forma de articulación con el sistema judicial de la nación. Sin menoscabo de sus tradiciones y cultura, con la única restricción del respeto a los derechos humanos.

“Cuando se haga necesaria la comparecencia de personas de los grupos étnicos ante las autoridades diferentes a las suyas, deberán ser escuchados en su propia lengua y asistidas por un intérprete”.

7.- En la sesión de plenaria del 19 de junio de 1991, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó con 39 votos afirmativos, ninguno negativo y 7 abstenciones el siguiente artículo:

“Se reconoce la jurisdicción de las autoridades propias de los pueblos indígenas dentro de su ámbito territorial y la vigencia de las normas y procedimientos de justicia propias que no atenten contra la Constitución y las Leyes.

“La Ley establecerá la forma de articularla con el sistema judicial nacional”⁵.

³.-Gaceta Constitucional No. 67, 4 de mayo de 1991. Ponencia: “Los derechos de los Grupos Etnicos”. Delegatario: Francisco Rojas Birry. Páginas 14-21.

⁴.-Gaceta Constitucional No. 84, páginas 4 y 5.

⁵.-Gaceta Constitucional No. 139, página 21.

8.- En la sesión Plenaria del 1 de julio de 1991, el artículo sobre jurisdicción indígena se presentó como artículo 255 según la siguiente versión de la Comisión Codificadora:

“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial y de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y leyes de la República.

“La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.⁶, texto que aprobado con una votación de 54 votos afirmativos, finalmente quedó inserto como el artículo 246 de la actual Constitución Política con dos pequeñas variaciones de estilo: se suprimió la “y” que aparecía después de “territorial”, para cambiarla por una coma y se adecuó el complemento “contrarias” al género del sujeto “procedimientos”, para dejarlo como “contrarios”.

9.- De la breve reseña histórica del proceso constitucional que culminó con la convocatoria de una Asamblea Constitucional y de la igualmente breve historia de la propia norma fundamental que reconoce y define a las autoridades de los pueblos indígenas como Jurisdicción Especial, puede concluirse inequívocamente que uno de los propósitos básicos de la construcción de un nuevo ordenamiento constitucional en 1991, fue la corrección de errores históricos en la ordenación del Estado colombiano que hasta antes de la expedición de ésta Constitución Política, mantuvo al margen de la sociedad a vastos sectores, que aunque integrantes de la nacionalidad colombiana, no gozaban de instrumentos adecuados para participar en su construcción.

En este sentido, resalta la especial atención que al tema de los indígenas se le puso en la Asamblea Nacional Constituyente a lo que sin duda contribuyó la proximidad del 5º centenario de la conquista como hecho coyuntural que le facilitó a la sociedad nacional mirarse en el espejo de sus ancestros amerindios para integrarlos en los cauces institucionales y hacerlos sentir representados en la Constitución, objetivo señalado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en uno de los considerandos de la sentencia 138, atrás citada».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de 1991 art. 1, 7, 10, 68, 246, 286, 329 y 330.
Decreto 927 de 1990
Decreto 1926 de 1990

⁶.-Gaceta Constitucional No. 143, página 8.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CSJ SP, 01, abr. 2009, rad. 25794

2 LÍMITES AL RECONOCIMIENTO DE LA AUTONOMÍA DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 2.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 34461 |
| Fecha | : | 08/11/2011 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Si una de las causas del proceso constitucional de 1991 consistió en que la Constitución de 1886 era excluyente de diversas colectividades y fuerzas sociales, desposeídas de cauces institucionales para expresarse e incidir en las decisiones del Estado, un efecto necesario –entre otros— fue la participación de los indígenas en la conformación del nuevo pacto social y político, como producto del cual se reconoció a sus autoridades, en el artículo 246 de la Carta, autonomía jurisdiccional dentro de su territorio conforme a las normas y procedimientos propios, a condición de no contrariar unas y otros la Constitución y las leyes de la República.

Se trata de un mandato coherente con la consagración constitucional del pluralismo como uno de los atributos del Estado colombiano (art. 1 de la C.P.), con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (art. 7), con la aceptación como lenguas y dialectos oficiales locales los utilizados por los grupos étnicos en sus territorios (art. 10), con el derecho de los grupos étnicos a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural (art. 68), con el reconocimiento de igualdad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70) y con la definición de los territorios indígenas como entidades territoriales (arts. 286, 329 y 330).

Se admite a través de todas esas disposiciones superiores la diferencia. Y como hacerlo traduce la realización del valor quizás más importante de una democracia, sin el cual se termina en tiranía, cualquier interpretación del artículo 246 de la Constitución Nacional que restrinja la autonomía indígena, contradice el espíritu que determinó al Constituyente a consagrar como uno de los instrumentos de protección de la diversidad étnica y cultural a la jurisdicción especial indígena.

La Corte Constitucional, de hecho, a partir de la sentencia T-254/94, entre los criterios de interpretación que empezó a delinear para la resolución de los conflictos valorativos que pudieran presentarse en la práctica entre la aplicación del sistema jurídico nacional y el indígena a un caso concreto, acuñó el de “*maximización de la autonomía de las comunidades indígenas*”,

según el cual sólo se puede limitar esa autonomía “*cuando su ejercicio desconozca normas constitucionales o legales de mayor entidad*”⁷. O, en los términos utilizados por esa misma Corporación en la sentencia T-617/10, cuando la restricción sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía y resulte la menos gravosa, frente a cualquier otra medida alternativa, para la autonomía de las comunidades étnicas ».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 1, 7, 10, 68,246, 286, 329,330.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-254 de 1994; CC, T- 617 de 2010 y SU-510 de 1998.

⁷ . Sentencia SU 510/98 de la Corte Constitucional.

3 FINALIDAD DEL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 3.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 12043 |
| Fecha | : | 15/06/1999 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

“La jurisdicción indígena procura preservar la diversidad étnica y cultural a partir del respeto de las normas, valores, costumbres e instituciones pertenecientes a los grupos indígenas dentro de su órbita territorial, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico nacional, y de proteger a quienes siendo sus miembros, se ven comprometidos en actos delictivos externos al grupo, debido a su particular forma de entender el mundo, con miras a no procurar su desarraigo del seno de la comunidad a que pertenecen, con todo lo que ello implica tanto para el colectivo como para el sujeto.”

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 246

JURISPRUDENCIA RELACIONADA

Ver también las providencias: CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 16189

4 EL RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA NO ESTÁ CONDICIONADO A QUE SE PROFIERA UNA LEY QUE ESTABLEZCA LAS FORMAS DE COORDINACIÓN DE ÉSTA CON LAS DEMÁS JURISDICCIONES

Extracto n. ° 4.

| | | |
|----------------------------|---|------------------------|
| Número de radicado | : | 14711 |
| Fecha | : | 14/08/2000 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA (SALVAMENTO) |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] debe analizarse ésta para determinar si su aplicabilidad es inmediata o depende de la “ley que establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” y en qué medida.

La respuesta a tal interrogante que constituye el problema jurídico esencial en el presente asunto, no puede ser sino el reconocimiento de la vigencia inmediata de la norma constitucional con prescindencia de la ley ordinaria que hasta la fecha no se ha dictado.

2.- Los antecedentes constitucionales que se han citado, demuestran claramente que la Jurisdicción Indígena no se creó, sino que se reconoció como derecho de esos pueblos, manteniendo la mayoría social su prevalencia al negar la validez de las normas y procedimientos aborígenes que contradigan la constitución o las leyes de la República.

Pero tal especie de reserva constitucional y legal, no puede llevarse al extremo de negar la vigencia de la propia norma constitucional por la falta de la ley que establezca las formas de coordinación con la jurisdicción nacional, pues una interpretación de tal tenor desconoce el origen de la propia Carta y su carácter pluralista.

[...]

Resulta entonces claro que la existencia de la ley que establezca las formas de coordinación de la Jurisdicción Indígena, no puede condicionar lo que ya la propia Constitución reconoce, el derecho de las autoridades de esos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales, pues la norma superior es tan precisa que especifica los elementos esenciales de ese ejercicio, al limitarlo geográficamente al ámbito de su territorio; y al determinar la autoridad competente para ello: autoridades de los pueblos indígenas.

No depende entonces de la ley el funcionamiento de la Jurisdicción Indígena, pues para ello es suficiente la Constitución. Lo que si depende de la ley es la coordinación de esa Jurisdicción Especial con las demás Jurisdicciones que integran el Sistema Judicial Nacional, pero esa circunstancia - según se deduce de la exposición de la ponencia - no es para yuxtaponer la una a la otra, sino para que haya una integración mutua que establezca reglas generales de operatividad para el adecuado ensamblaje mutuo de las funciones que cada Jurisdicción ejerce en su ámbito de competencia.

Especialmente indicativo de tal hermenéutica es el texto del artículo 12 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en el que se especifica de la siguiente manera uno de los objetivos de la ley de coordinación: "Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas", texto que de ninguna manera puede interpretarse como negativo del funcionamiento de la jurisdicción indígena en ausencia de esas leyes.

Ahora bien, el reconocimiento expreso que la Jurisdicción Constitucional, la Disciplinaria y la Ordinaria han hecho de la Jurisdicción Indígena con prescindencia de la ley de coordinación, no exime al Parlamento del deber de presentar un proyecto en tal sentido, compromiso histórico que tienen mayormente los Congresistas Indígenas como representantes de esos Pueblos. Tal responsabilidad realmente se ha soslayado descargándola en el desarrollo jurisprudencial, que aunque soluciona cada caso en concreto, no puede resolver por vía general - como podría hacerlo la ley - todos los supuestos de hecho que pueden generarse a partir del comprometimiento de un indígena en un hecho de carácter criminal o en conflictos de otra naturaleza».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 270 de 1996, art. 12

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 01, abr. 2009, rad. 25794 y CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275

5 LA JURISDICCIÓN INDÍGENA COMO INSTRUMENTO DE PROTECCIÓN

. Extracto n. ° 5.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 14711 |
| Fecha | : | 14/08/2000 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« No puede pasarse por alto en la interpretación de la norma Constitucional y en el reconocimiento de su aplicabilidad inmediata, que el demostrado propósito de protección de los pueblos indígenas, como uno de los fines de la reforma constitucional implica que sean entendidos éstos en la forma que los define el artículo 1 del “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 1989”, e incorporado al ordenamiento nacional por la Ley 21 de 1991, y que ello incluye “ (...) el respeto por los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, tal como lo dispone el artículo 9º del mismo Convenio, naturalmente en cuanto sean compatibles con el sistema jurídico nacional.

Ese respeto a las propias normas y procedimientos de los pueblos indígenas, se explica en la esencialidad del control social como elemento vital del mantenimiento de la agrupación, del pueblo o de la etnia, por lo que el reconocimiento que la Constitución hace de la Jurisdicción Indígena no es solo la forma en que la Carta integra la existencia de tales pueblos a la institucionalidad nacional, sino que garantiza su existencia, permitiéndoles que se autoprotejan corrigiendo a sus miembros dentro del ejercicio legitimo del poder sancionador que opera para los integrantes de la sociedad y por ello los cohesionan como sujetos de la misma».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convenio No.169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
Ley 21 de 1991

6 FUERO Y JURISDICCIÓN INDÍGENAS: CONCEPTO Y DIFERENCIAS

Extracto n. ° 6.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 46556 |
| Fecha | : | 13/02/2015 |
| Número de providencia | : | SP15508-2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] en la sentencia C-463 de 2014 que estudió la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 89 de 1890 *«Por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada»*, se adoptó una definición de jurisdicción especial indígena y de fuero indígena, distinguiendo ambos conceptos y reiterando los elementos que componen a cada uno, citando para el efecto la sentencia T-552 de 2003. Lo siguiente fue lo que se señaló sobre el particular:

A partir de este fallo se evidencia también que la jurisdicción especial indígena y el fuero indígena tienen una profunda relación de complementariedad pero no poseen el mismo alcance y significado.

El fuero es por una parte un derecho subjetivo que tiene como finalidad proteger la conciencia étnica del individuo y garantizar la vigencia de un derecho penal culpabilista; y por otra, una garantía institucional para las comunidades indígenas en tanto protege la diversidad cultural y valorativa, y permite el ejercicio de su autonomía jurisdiccional.

La jurisdicción especial indígena, entretanto, es un derecho autonómico de las comunidades indígenas de carácter fundamental; para su ejercicio deben atenderse los criterios que delimitan la competencia de las autoridades tradicionales de acuerdo con las jurisprudencia constitucional. Entre esos elementos, el fuero indígena ocupa un papel de especial relevancia, aunque no es el único factor que determina la competencia de la jurisdicción indígena, puesto que esta se define (también) en función de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

De lo anterior se colige que no basta entonces constatar los elementos del fuero indígena, sino también los que conforman esta jurisdicción especial,

en orden a contar con mayores elementos que permitan definir en cada caso, si determinado asunto debe dejarse en manos de las autoridades indígenas, pudiendo también acudir el intérprete para la solución de los asuntos concretos, a criterios como los principios de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 89 de 1890, art. 11

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 16 jun. 1999, rad. 12043; CC T-522 de 2003; CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 16189; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275

7 JURISDICCIÓN INDÍGENA

7.1 ELEMENTOS

Extracto n. ° 7.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 39444 |
| Fecha | : | 13/02/2013 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] a partir del contenido de los artículos 1, 2, 7, 70 y —por supuesto— del 246 de la Carta Política, así como de los principios antes esbozados, la Corte Constitucional, frente a los elementos que sirven de sustento a la jurisdicción indígena, ha precisado:

“...la jurisdicción indígena comporta:

- *Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural.*
- *Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.*
- *Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedural.*
- *Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno con participación de las comunidades.*
- *Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley”⁸.*

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991 art. 1, 7, 10, 70, 246, 329.

⁸ Sentencia T-364 de 2011. En el mismo sentido, sentencias T-349 de 1996, T-030 de 2000, T-728 de 2002 y T-811 de 2004.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC, T-349 de 1996; CC C-139 de 1996; CSJ SP, 15 jun. 1999, rad. 12043; T-728 de 2002; CSJ SP, 26 nov. 2003, rad. 16189; CC T-522 de 2003; T-811 de 2004; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275; CSJ SP, 08 nov. 2011, rad. 34461; T-364 de 2011; CC T-866 de 2013; CSJ SP3004-2014; CSJ SP6759-2015; CSJ, SP6759-2015; CSJ SP15508-2015; CSJ SP17726-2016.

7.2 DISPOSICIÓN DE LA COMUNIDAD INDÍGENA DE EJERCER SU COMPETENCIA

Extracto n.º 8.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 39444 |
| Fecha | : | 13/02/2013 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] es del caso mencionar que además de los elementos que deben concurrir para predicar la existencia de la jurisdicción indígena y de aquellos indispensables para la estructuración del fuero, es necesario, para activar tal jurisdicción, que se señale por parte de la comunidad ancestral la voluntad de hacer ejercicio de su competencia, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, al concluir:

“El derecho al ejercicio de la jurisdicción especial indígena es de carácter dispositivo, voluntario u optativo para la comunidad.

Sin embargo, cuando una comunidad asume el conocimiento de un caso determinado, no puede renunciar a tramitar casos similares sin ofrecer una razón legítima para ello, pues esa decisión sería contraria al principio de igualdad”⁹.»

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CC T-552 de 2003; CC T – 617 de 2010; CSJ SP14851-2015

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-617 de 2010.

7.3 OPORTUNIDAD PARA QUE UNA COMUNIDAD INDÍGENA SOLICITE QUE UN PROCESO SEA REMITIDO A SU JURISDICCIÓN

Extracto n. ° 9.

| | | |
|------------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 44993 |
| Fecha | : | 10/06/2015 |
| Número de providencia | : | AP3263-2015 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] de cara a 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 la Nación, obliga a garantizar a las comunidades ancestrales el ejercicio autónomo de la jurisdicción especial indígena y a admitir, en punto de legitimación, entendida esta como la titularidad ejercida respecto de un derecho subjetivo, que las autoridades indígenas tienen la capacidad jurídica para desplegar la actividad jurisdiccional, sin apelar a la ley de coordinación entre jurisdicciones -hasta el momento no expedida por el Congreso-, 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, es lo cierto que, tal facultad está delimitada por el presupuesto adjetivo de oportunidad.

En efecto, las autoridades étnicas no 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 minoritario.

Entonces, no podría 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, se insiste, aquella no acude al proceso en pos de litigar en favor o en contra del procesado, sino por virtud de su potestad jurisdiccional, tal y como ocurre, cuando la justicia castrense reclama para sí la instrucción de un injusto cometido por un miembro de la fuerza pública en servicio activo y que tenga relación directa con él.

No obstante, no es posible concluir lo mismo acerca del requisito procesal de oportunidad para presentar peticiones destinadas a asumir, en la jurisdicción indígena, una investigación penal.

En efecto, en vigencia de la Ley 600 de 2000, la Sala de Casación Penal señaló que un conflicto de competencia, suscitado por una autoridad indígena, a la luz del artículo 97 *ejusdem*, “puede ser propuesto en cualquier momento, siempre que se haga antes del proferimiento de la sentencia de primera instancia” (CSJ AP, 01, abr. 2009, rad. 25794), pues dicho precepto señala que «[e]n todo caso no se podrá proferir sentencia hasta que se haya dirimido el conflicto».

Del mismo modo, en cuanto hace a la definición de competencia, propia del sistema de enjuiciamiento penal con tendencia acusatoria, el canon 54 de la Ley 906 solo autoriza al juez ante quien se formuló la acusación -de primera instancia- para que la proponga, lo que sugiere como límite procesal el fallo de primer grado para que dicho funcionario de curso a la referida solicitud de definición, pero el precepto 341 señala que, de la impugnación de competencia -de la cual pueden hacer uso las partes (CSJ AP 30 may. 2009, rad. 24.964)- “conocerá el superior jerárquico del juez”, norma que no especifica el nivel jerárquico del juzgador acusado de incompetencia y que, entonces, permite la postulación del incidente de incompetencia incluso en sede de segunda instancia, no así, cuando el proceso ha arribado a la Corte por virtud del recurso extraordinario de casación.

Es de este modo que, en cumplimiento de la función asignada a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en los artículos 256.6 de la Constitución Política y 112.2 de la Ley 270 de 1996 -Estatutaria de la Administración de Justicia-, esa Corporación ha admitido el conocimiento de conflictos o asignaciones de competencia entre jurisdicciones, planteados después de dictado el fallo de primera instancia pero, en todo caso, antes de que arribe a la Corte por virtud de la impugnación extraordinaria intentada por alguna parte o interveniente (CSdelaJ SD, 31 mar. 2004, rad. 1100101020002003432601, CSdelaJ SD, 12 sep. 2012, rad. 110010102000201202053 00, CSdelaJ SD, 22 ene. 2014, rad. 110010102000201400011 00 / 2178 C).

En este sentido, al examinar un conflicto suscitado por una autoridad indígena, tras dicho momento procesal, el Consejo sostuvo (CSdelaJ SD, 26 jul. 2011, rad. 110010102000201101877 - 00):

Lo primero, es aclarar que la Sala se pronunciará respecto del conflicto planteado, pese a que se tiene sentencia de primera instancia por la cual fue condenado el victimario por el delito de acto sexual con menor de 14 años agravado, por cuanto es situación aún no definida, es decir, su ejecutoria está pendiente del pronunciamiento de la segunda instancia, donde quedó en

statu quo, mientras se define el conflicto entre las jurisdicciones, por lo tanto, ante el hecho que la situación procesal no se ha finiquitado, es viable la propuesta de la controversia entre la justicia penal ordinaria y la indígena, tal como se presenta en el asunto sub-lite.

Así las cosas, ha de entenderse que la petición por cuyo medio una autoridad indígena reclama la competencia para juzgar a los miembros de su comunidad, puede intentarse máximo en segunda instancia, sin perjuicio, de que, tal solicitud, idealmente, se formule durante la audiencia de formulación de acusación de que trata el artículo 339 de la Ley 906 de 2004, atendiendo que es el escenario propicio para que las partes y el Ministerio Público “expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere y las observaciones sobre el escrito de acusación (...)”.

Y es que, culminado el debate probatorio ante los jueces de conocimiento, de la Corte no cabe pronunciamiento distinto a aquel que decide sobre la admisión de la demanda y, seleccionada ella, al fallo a que haya lugar.

De todo lo anterior se sigue que, si bien el gobernador del Cabildo Indígena de P, en principio, gozaba de legitimidad para reclamar directamente, ante la justicia común, el ejercicio de la jurisdicción especial indígena frente al procesado, tal facultad estaba restringida a las instancias, razón por la cual su petición deviene extemporánea, habida cuenta que fue presentada ante la Corte cuando ya se habían dictado los fallos de primer y segundo grado».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia de 1991, art. 256-6
Ley 270 de 1996, art 112.2
Ley 600 de 2000, art. 97
Ley 906 de 2004, art. 54, 339

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también la providencia: CSJ SP, 01, abr. 2009, rad. 25794

8 FUERO INDÍGENA

8.1 ELEMENTOS

Extracto n.º 10.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 46556 |
| Número de providencia | : | SP15508-2015 |
| Fecha | : | 08/11/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

« [...] los criterios definitorios del fuero indígena se establecieron de la siguiente manera:

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

Por lo anterior, se estableció que se observan como elementos orientadores que permitan definir la competencia los siguientes: “(i) las culturas involucradas, (ii) el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria y (iii) la afectación del individuo frente a la sanción. Estos parámetros deberán ser evaluados dentro de los límites de la equidad, la razonabilidad y la sana crítica”¹⁰.

¹⁰ «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez».

- (ii) **El elemento territorial** que permite a la comunidad la aplicación de sus propios usos y costumbres dentro de su ámbito territorial, de lo cual se derivan 2 criterios interpretativos: “(i) La noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, sino que debe entenderse también como el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura; (ii) El territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo cual le otorga un efecto expansivo: “Esto quiere decir que el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales”¹¹.
- (iii) **El elemento institucional u orgánico**, en el que se hace necesaria la existencia de una institucionalidad dentro de la comunidad indígena, basada de acuerdo a un sistema de derecho propio constituido por los usos y costumbres tradicionales y los procedimientos conocidos y aceptados en la comunidad; lo anterior significa que: (i) existe un poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) adicionalmente un concepto genérico de nocividad social. Adicionalmente este elemento se conformaría por 3 criterios de interpretación: “La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado¹²; La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos¹³ y La satisfacción de los derechos de las víctimas”¹⁴.
- (iv) **El elemento objetivo** a través del cual se puede analizar si el bien jurídico presuntamente afectado tiene que ver con un interés de la

¹¹ «Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub».

¹² Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “1. La Institucionalidad es presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso en beneficio del acusado: 1.1. La manifestación, por parte de una comunidad, de su intención de impartir justicia constituye una primera muestra de la institucionalidad necesaria para garantizar los derechos de las víctimas. 1.2. Una comunidad que ha manifestado su capacidad de adelantar un juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes sin otorgar razones para ello. 1.3. En casos de “extrema gravedad” o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión, la vigencia del elemento institucional puede ser objeto de un análisis más exigente”

¹³ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “2. La conservación de las costumbres e instrumentos ancestrales en materia de resolución de conflictos: 2.1. El derecho propio constituye un verdadero sistema jurídico particular e independiente. 2.2. La tensión que surge entre la necesidad de conservar usos y costumbres ancestrales en materia de resolución de conflictos y la realización del principio de legalidad en el marco de la jurisdicción especial indígena debe solucionarse en atención a la exigencia de predecibilidad o previsibilidad de las actuaciones de las autoridades indígenas dentro de las costumbres de la comunidad, y a la existencia de un concepto genérico de nocividad social¹³”

¹⁴ Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez: “3. La satisfacción de los derechos de las víctimas: La búsqueda de un marco institucional mínimo para la satisfacción de los derechos de las víctimas al interior de sus comunidades debe propender por la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la determinación de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos vulnerados”. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.*¹⁵ (Resaltado hace parte del texto)

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-634 de 1999; CC T-634 de 1999; CC T-1238 de 2004; CSJ AP, 20 may. 2009, rad. 30799; CC T-617 de 2010; CSJ AP, 04 ag. 2010, rad. 34275; CC T-002 de 2012; CSJ AP, 14 ag. 2012, rad. 39469; CC T-866 de 2013; CC T-921 de 2013; CSJ SP, 13 feb. 2013, rad. 39444; CSJ AP, 20 nov. 2013, rad. 42537; CSJ SP3004-2014; CSJ AP2439-2015; SP14851-2015 y SP17726-2016

¹⁵ *Sentencia de la Corte Constitucional T-002 de 2012, M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Ver también la Sentencia de la Corte Constitucional T-921 de 2013. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.*

8.2 ELEMENTO PERSONAL: LA ACULTURACIÓN SE DA CUANDO SE ROMPE TODO NEXO CON LA COMUNIDAD INDÍGENA Y SE ADOPTAN LOS USOS Y COSTUMBRES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE, LO CUAL NO OCURRE NECESARIAMENTE POR RECIBIR EDUCACIÓN DE LA COMUNIDAD MAYORITARIA O ESTABLECER VÍNCULOS LABORALES O PROFESIONALES CON ÉSTA

Extracto n. ° 11.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 46556 |
| Número de providencia | : | SP15508-2015 |
| Fecha | : | 08/11/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Sobre el fenómeno de la aculturación debe sostener la Corte que el mismo no se da por el simple hecho de que el indígena reciba instrucción del sistema educativo de la comunidad mayoritaria o establezca vínculos laborales o profesionales con ésta, puesto que aun así puede continuar integrado a la colectividad de la que proviene, ejerciendo prácticas propias de ambas culturas sin que pierda su identidad como indígena. La aculturación solo se da en casos en los que se rompe todo nexo con la comunidad nativa y el individuo adopta por completo los usos y costumbres de la sociedad dominante, por fuera del territorio indígena.

Al respecto es procedente citar la sentencia T-764 de 2014, en la que se analizó un caso de homicidio doloso y lesiones personales dolosas en donde el fuero indígena del procesado fue negado por los jueces de conocimiento por razón de su nivel educativo dada su condición de docente, por lo que se afirmó que no concurría el factor personal. Este argumento fue desvirtuado por la Corte Constitucional, que se pronunció así:

*“Si bien el referido indiciado posee un cierto grado de instrucción académica como “normalista”, **no puede concluirse que esa situación, u otras afines, configuren una renuncia a los valores y tradiciones ancestrales del Resguardo al que pertenece**, pues su desarrollo se encuentra protegido ampliamente por la Constitución y la ley, tal y como se precisa en esta providencia, habida cuenta que buena parte de la especial protección constitucional que se prodiga a los grupos étnicos deviene, precisamente, de “... la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en*

términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)...”¹⁶.

Así las cosas, la condición de (...) frente a la comunidad indígena de Yascual, su calidad de ‘regidor del cabildo’ y de docente, más allá de la comprensión que este tenga de los asuntos propios de la ‘cultura mayoritaria’, debe ser interpretada como un avenimiento con su etnicidad. Luego, entiende la Sala que, sobre ese particular, se estructura el cumplimiento del factor personal o subjetivo para ser depositario del fuero indígena”.

[...]

También insiste la Corte en que el elemento personal no se desvirtúa por el hecho de que el indígena reciba educación de cualquier institución perteneciente a la cultura mayoritaria y adopte un estilo de vida propio de la comunidad dominante, pues mientras mantenga el vínculo con su colectividad originaria, practique sus usos, costumbres y cometa el hecho punible en concurrencia de los elementos que componen el fuero indígena (personal, territorial, objetivo e institucional) y se cumpla los requisitos para activar la jurisdicción indígena (humano, orgánico, normativo, geográfico y de congruencia), debe ser cobijado con la garantía de este fuero especial para que sea juzgado y sancionado por las autoridades indígenas, en orden a hacer efectivos los principios de maximización de la autonomía de las autoridades indígenas, mayor autonomía para la decisión de conflictos internos y mayor conservación de la identidad cultural».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-764 de 2014 y CC T-282 de 2011.

Con este pronunciamiento la Sala recoge lo dicho en sentencia SP 6759-2014, donde al hacer el análisis del elemento personal afirmó:

“[...] advierte la Sala que se trata de una persona con permanente acceso a la cultura mayoritaria, máxime si nació en [...] el 17 de abril de [...], habla perfectamente español, realizó estudios de bachillerato y universidad, se desempeñó por varios años como docente de colegios públicos, ha residido por más de diez años en la capital del Departamento de [...], convivía en unión libre con [...] – también docente – con quien tuvo una hija que para la época de los hechos tenía 5 años de edad, igualmente tuvo un hijo (22 años de edad) con [...], dos más (19 y 17 años) con [...], y otros dos (11 y 5 años) con [...], además de que no aludió a su condición indígena en el acto de vinculación procesal, de

¹⁶ «Sentencia T-282 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva».

modo que no puede afirmarse de manera alguna que el delito de acceso carnal violento por el cual se le acusó fuera ajeno a su comprensión, o peor aún, que sea propio de su particular cosmovisión nativa del mundo.

Es pertinente señalar que la “aculturación” corresponde a un fenómeno que trasciende las barreras de lo simple y llanamente jurídico o legal, en cuanto comporta una ponderación sociológica».

8.3 DIFERENCIA ENTRE LOS SISTEMAS SANCIONATORIOS DE LA COMUNIDAD INDÍGENA Y LA SOCIEDAD MAYORITARIA DEBE ESTUDIARSE DESDE ELEMENTO INSTITUCIONAL -SI LA JURISDICCIÓN INDÍGENA HACE EFECTIVOS EL DEBIDO PROCESO DEL ACUSADO Y LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS-

Extracto n. ° 12.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 46556 |
| Número de providencia | : | SP15508-2015 |
| Fecha | : | 08/11/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«En cuanto al factor de congruencia, componente de la jurisdicción indígena, se sostuvo que como quiera que la víctima era una mujer menor de edad y aborigen indígena, estas circunstancias la hacían sujeto de especial protección, cuyos derechos a la verdad, justicia y reparación no iban a ser garantizados por la justicia indígena, en tanto el acusado no se haría merecedor a una sanción proporcional a la gravedad de la ofensa. En sustento de tal aserto se citó el principio de proporcionalidad de los delitos y las penas de consagración constitucional.

[...]

El factor de congruencia, integrante de la jurisdicción indígena, que no del fuero, impone que el orden jurídico de estas comunidades minoritarias no sea contrario a la Constitución y la ley. Tal contradicción no viene dada por la diferencia entre las sanciones que la justicia indígena prevé, respecto de las que establece el Código Penal, que en la gran mayoría de los casos impone la pena privativa de la libertad y que se justifica sobre todo en los delitos que protegen bienes jurídicos de prevalente interés para el Estado como la vida, la dignidad humana, la libertad y formación sexuales, entre otros.

La diferencia entre el sistema sancionatorio que cada una de las culturas establece para una conducta reprochada por ambas sociedades, es un asunto que corresponde estudiarse en sede del elemento institucional como componente del fuero indígena, puesto que es el que permite establecer si los derechos de las víctimas son garantizados a través de los procedimientos y sanciones allí fijadas

[...]

[...] esta Corporación precisa su jurisprudencia en el entendido de que en casos en los que la afectación al bien jurídico sea grave en la visión de la cultura mayoritaria y la jurisdicción indígena solicite para sí el juzgamiento del presunto responsable, debe ser el elemento institucional el que defina si se cumplen los presupuestos para reconocer el fuero especial, es decir, si el sistema de justicia de la comunidad indígena ofrece mecanismos que hagan efectivos el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas de modo que no se genere impunidad, sin que la ausencia en la justicia indígena de la pena de prisión que contempla el Código Penal, pueda servir de criterio orientador para fijar la efectividad de los derechos de los afectados con el delito dentro del procedimiento previsto por las leyes indígenas».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-349 de 1996; CC T-617 de 2010; CC T-364 de 2011

A través del presente pronunciamiento la Sala recoge lo dicho en sentencia SP 6759 de 2014, donde al hacer el análisis del factor de congruencia afirmó:

«En cuanto atañe al **factor congruencia**, referido a que “*el orden jurídico tradicional de la comunidad indígena no puede resultar contrario a la Constitución ni a la ley*”

[...]

Acreditadas las especiales protecciones constitucionales y legales de la víctima, encuentra la Sala que en el Capítulo Décimo del Reglamento Interno del Pueblo Indígena [...] Resguardo [...], el cual trata de las “sanciones a las infracciones” se dispone:

“Violación: agresión sexual, corrupción de menores: Si es entre menores de edad, comparecerán con sus padres ante el Cabildo y Concejo de Ancianos. Si es mayor de edad reparará según acuerdo de las partes el daño y de acuerdo a la edad del agredido, se determina su gravedad, para la asignación de latigazos y castigo de 1 a 8 años” (subrayas fuera de texto).

Así las cosas, considera la Colegiatura que en punto del factor analizado no se cumple con el plus de protección constitucional y legal especial dispuesto a favor de la víctima, específicamente en cuanto se refiere a sus especiales condiciones de mujer, menor e indígena, pues palmario se advierte que si el asunto correspondiera a la jurisdicción indígena, no se cumpliría con las exigencias de verdad, justicia y reparación, más puntualmente en cuanto se refiere a la justicia, pues el acusado no recibiría la condigna sanción.

Se impone tener presente que el principio constitucional de proporcionalidad en materia penal se manifiesta en la consigna de prohibición de exceso y tiene sustento normativo en los artículos 1° (Estado social de derecho); 2° (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución); 5° (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona); 6° (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas); 11 (prohibición de la pena de muerte); 12 (proscripción de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes); 13 (principio de igualdad) y 214 (proporcionalidad de las medidas excepcionales) de la Constitución Política.

8.4 ELEMENTO INSTITUCIONAL: LA SANCIÓN ESTABLECIDA POR LA COMUNIDAD INDÍGENA –PUEDE SER NO PRIVATIVA DE LA LIBERTAD– NO ES CRITERIO PARA IMPEDIR EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n.º 13.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 46556 |
| Número de providencia | : | SP15508-2015 |
| Fecha | : | 08/11/2011 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«En esta ocasión, debe sostener la Sala que el tipo de respuesta punitiva que instituye la jurisdicción indígena en relación con la gravedad del hecho y la naturaleza del bien jurídico, no puede constituirse en un criterio para impedir que imparta justicia en un asunto en el que los elementos del fuero y de la jurisdicción indígena concurren, puesto que es suficiente con que se establezca que su sistema normativo prevé un procedimiento en el que se verán satisfechos los derechos de la víctima a la verdad, justicia y reparación.

La efectividad de dichas garantías para la víctima no viene siempre asegurada con la imposición de una pena privativa de la libertad por varios años al interior de un centro de reclusión y bajo un régimen penitenciario, como se tiene previsto en el derecho de la mayoría. Afirmar que solo la prisión es la respuesta adecuada para el delito y para hacer efectivas las garantías de víctimas y perjudicados, sería despreciar de tajo las sanciones que contempla la autoridad indígena que cuenta con la capacidad de hacerlas cumplir (poder de coerción), satisfaciendo las funciones de la pena de retribución justa, prevención general y especial y resocialización, debido al efecto que para el indígena infractor y para su comunidad produce la sanción irrogada por sus autoridades.

[...]

En últimas, la Sala ahora quiere significar que cuando se juzguen hechos de mayor gravedad, atentatorios contra bienes jurídicos de especial interés constitucional para la cultura mayoritaria y que a su vez incumben a la comunidad indígena, como, por ejemplo, las ofensas contra la libertad y formación sexuales de menores de edad, el elemento institucional, siempre que se cumplan los restantes, cobra particular importancia para definir el conflicto de jurisdicciones, sin que resulte determinante el hecho de que la

justicia indígena contemple un castigo distinto a la pena de prisión fijada por el legislador.

Luego en tales eventos, resulta improcedente aducir que el sistema sancionatorio de los indígenas comporta un tratamiento débil y permisivo generador de impunidad, pues un razonamiento de tal naturaleza implica el desconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas y la imposición del sistema penal de la sociedad dominante que de entrada y en forma genérica perfila a la jurisdicción indígena como incapaz de aplicar justicia a los infractores que ejecutan delitos de cierta gravedad, dejando en el ámbito de tal jurisdicción delitos menores o conductas que no le interesan al Estado.

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-764 de 2014

9 RESOLUCIÓN DE CONFLICTO DE JURISDICCIÓNES PUEDE SER OBJETO DE ANÁLISIS EN SEDE DE CASACIÓN

Extracto n.º 14.

| | | |
|----------------------------|---|------------|
| Número de radicado | : | 34461 |
| Fecha | : | 08/11/2011 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Al Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 256-6 de la Constitución Política, se le atribuyó la facultad de “dirimir los conflictos de competencia que ocurran entre las distintas jurisdicciones”. En el artículo 112-2 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, se asignó la función a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, una de las dos en que por decisión del Constituyente se dividió ese organismo de la Rama Judicial.

[...]

Una revisión de la línea jurisprudencial sobre la materia deja claro que la Corte, como mínimo desde el 2 de junio de 1980, estimó “ley del proceso” esas definiciones de competencia por parte de la autoridad judicial encargada de la resolución de los respectivos conflictos, excepto cuando después de adoptadas sobrevinieran hechos nuevos. Así, por ejemplo, en providencia de casación del 22 de noviembre de 1989, expresó:

“Convertida en ley del proceso la asignación de competencia en un conflicto de jurisdicciones, todos los Jueces que con posterioridad a ella intervengan en él, deben respetarla sujetándose a ella, salvo que surjan nuevos hechos que la modifiquen. Es el presupuesto de orden y de seriedad que garantiza el Estado a sus asociados y la pauta de la organización jerárquica de la autoridad jurisdiccional que marca el mantenimiento de su prevalencia”.

Más recientemente, en la sentencia de segunda instancia 16482 del 3 de septiembre de 2002, se reiteró el criterio.

[...]

En la sentencia de casación 17550 del 6 de marzo de 2003, se advirtió que para la Corte –en su condición de máximo Tribunal de la jurisdicción

ordinaria— “no hay temas vedados dentro del juicio de casación” y que, “de su conocimiento”, en consecuencia, “*no pueden excluirse a priori asuntos, por haber sido resueltos por otras autoridades con vocación de permanencia procesal*”.

[...]

No obstante dichas precisiones, en esa oportunidad la Corte no varió su jurisprudencia sino que conservó la regla de interpretación. De hecho, al plantear el problema jurídico de si se podía anular en sede de casación una actuación por incompetencia del juez al cual se la asignó la autoridad encargada por la Constitución de resolver los conflictos entre jurisdicciones, respondió que sí pero “en casos excepcionales”, únicamente en aquellos donde “las condiciones fácticas o jurídicas cambian y de ellas surge la variación de competencia”. Es decir, exactamente como había acontecido en el asunto en ese momento examinado, donde sobrevino a la definición de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura la sentencia C 358/97 de la Corte Constitucional.

[...]

En los autos de marzo 12 de 2008 (radicación 29195) y junio 17 de 2009 (radicación 31945), entre otros, al resolver la Sala conflictos de competencia en trámites donde ya antes otros se habían suscitado y decidido, se mantuvo incólume el criterio jurisprudencial.

[...]

Esa tesis ya no es sostenible, de cara a la función superior de protección de los derechos fundamentales atribuida a la casación. Mucho menos cuando en fallos de revisión de la Sala dictados a partir del 26077 de noviembre 1 de 2007, en los cuales declaró fundada la causal 4^a del artículo 192 de la Ley 906 de 2004¹⁷, se otorgó la competencia a la justicia ordinaria para el trámite de los respectivos procesos, tras considerarse violatorias del derecho al juez natural las definiciones de competencia realizadas por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura a favor de la justicia militar. Y cuando la Corte Constitucional, en sede de tutela, ha también invalidado determinaciones del mismo tipo por hallarlas contrarias al debido proceso y, además –en el caso de conflictos entre las jurisdicciones indígena y ordinaria decididos a favor de la última–, en razón de considerar los pronunciamientos lesivos del derecho a la autonomía de las comunidades aborígenes.¹⁸

¹⁸ . Cfr., por ejemplo, sentencias T-552/2003 y T-617/2010.

En conclusión: si en desarrollo del recurso de casación la Corte ejerce el control constitucional y legal de las sentencias de segunda instancia, inclusive de oficio, nada en el trámite procesal puede estar exento de examen. La resolución de un conflicto de jurisdicciones dentro de la actuación, en particular, no es un tema extraño al objeto de la impugnación extraordinaria. Esa determinación, por tanto, debe decirse claramente, no cierra de manera definitiva una fase procesal, no tiene el carácter de *ley del proceso* y si bien es cierto soluciona una diferencia en su curso, no es intocable para el Tribunal de casación, aún si luego de su proferimiento no surge una circunstancia fáctica o jurídica que conduzca a modificar la competencia».

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP6759-2014; CSJ SP3004-2014; CSJ AP2439-2015; CSJ AP3399-2015; CSJ SP17726-2016;

10 RECONOCIMIENTO Y RESPETO A LAS SANCIONES IMPUESTAS POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n. ° 15.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 23558 ¹⁹ |
| Fecha | : | 10/08/2006 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | ÚNICA INSTANCIA |

«De la reseña de la denuncia formulada por la señora AIMO, se deduce que los hechos que en su criterio configuran el delito de desplazamiento forzado, se originan en la orden contenida en la Resolución 001, fechada 14 de marzo de 2005, firmada por el Gobernador del Resguardo Nasa de Calderas y su Secretario, del siguiente tenor:

“RESGUARDO NASA DE CALDERAS
MUNICIPIO DE INZA-CAUCA
NIT 817 001 446-1.

“RESOLUCIÓN 001

“Por la cual se dictan medidas para desarraiggar del resguardo a dos (2) propietarios de fincas que fomentan el desacato a la jurisdicción especial indígena y se auto-convierten en puntos de partida para confrontar y perturbar el orden público de dos (2) resguardos.

“CONSIDERANDO

- Que el señor JCY, nacido en Avirama Paéz criado en la comunidad de Calderas municipio de Inzá, propietario de la finca El Tachuelo y la señora AIMO propietaria de la finca La Planada, desde la década de los 70 el primero y década del 80 el segundo fueron adoptados y respetados por la comunidad de Calderas.
- Que las fincas que poseen los citados señores se encuentran ubicados dentro del histórico resguardo de Calderas, últimamente restablecido por el INCORA mediante resolución N° 004 d 120 de Febrero de 2.002.

¹⁹ Esta providencia es de carácter reservado, por lo cual solo se publica y divulga su extracto (art. 64 de la Ley 270)

- Que el sector culturalmente conocido Mewkh, phaadecafx, zuntx kwet, kapx Tk, waatuw, ufx kwet tha, khuc kwet tha en la actualidad El tablón Bajo y Alto, lugar donde se ubican las propiedades de los señores CY y MO, ancestralmente son de la comunidad de Calderas y en 1.994 dadas las inconciliables problemas de solución fue acordada a través de un nuevo límite quedando por la cuchilla de Filoló.
- Que los señores CY y MO se negaron y se niegan a respetar los derechos de los vecinos e impulsando la discordia y desobediencia a lo largo de la vida.
- Que los citados señores, con sus propiedades en la actualidad se auto-declaran comuneros de otro resguardo, en obediencia a sus propios caprichos con el ánimo de fomentar el desacato permanente y afán de perturbar a la comunidad de Calderas con ello buscando sembrar problemas territoriales entre los resguardos de Calderas y Avirama. (problemas que insistimos ya están resueltos).
- Que la comunidad y el Cabildo de Calderas por interés general no permitirán ni tolerarán la imposición de intereses personales ajenas a los principios culturales y por ser la autoridad competente para conocer de los asuntos internos de la comunidad Nasa y en lealtad a la jurisdicción especial indígena.

“RESOLVEMOS:

- Declararles personas no gratas y enemigos de los procesos organizativos indígenas.
- Declararles personas fomentadores de conflictos territoriales que inducen a perturbar el orden público de las comunidades indígenas.
- Expulsarlos del territorio de Calderas, a los señores JCY y AIMO.
- Concederles 30 días para recoger las pertenencias y desocupar los predios.
- Concederles prorroga única y al final según acuerdo de las partes.
- Por derecho propio expropiar las fincas y distribuir a los comuneros mas necesitados del resguardo de Calderas.
- Posterior a la expropiación realizar análisis sobre la conveniencia que nos impone la justicia y el cabildo se obligará a pagar las mejoras en el momento en que la asamblea lo ordene.

“Dado en Calderas a los catorce (14) días del mes de Marzo del año 2005.

“Comuníquese y cúmplase”

Para la Sala, tal situación no configura el delito denunciado, pues como queda evidenciado, el desarraigo de la denunciante de su comunidad indígena, no se dio como consecuencia de violencia o coacción arbitraria ejercida sobre una población específica con el fin de someter su voluntad para obligarla o compelerla a dejar sus tierras, sino que se fundamentó en la potestad de autorregulación que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas de la Nación.

Es indudable que el ordenamiento constitucional reconoce y garantiza la diversidad étnica y cultural de la Nación y, en desarrollo de ello protege sus tradiciones lingüísticas, su identidad cultural, social y económica, las cuales constituyen verdaderos mandatos que deben ser observados por las autoridades y los particulares.

Es así como en el artículo 1º de la Carta Política, el constituyente definió que Colombia es un “*Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”.

La pluralidad que allí se reconoce encuentra concreción, entre otras normas de la misma Carta, en el artículo 7º, en cuanto determina que “*el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*”; en el 286, al señalar que son entidades territoriales “*los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas...*”; en el 329 en cuanto estipula la conformación de las entidades territoriales indígenas con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial, cuya delimitación se hará por el gobierno nacional con participación de los representantes de las comunidades indígenas, al tiempo que reconoce que “**los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable**”; en el artículo 330 en cuanto reglamenta la organización de los territorios indígenas, señalando que de conformidad con la Constitución y las leyes, los mismos estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y establece sus funciones; y, finalmente, en el artículo 246 en cuanto reconoce la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

Tal plexo normativo demuestra a las claras que las comunidades indígenas, como lo tiene dicho la doctrina constitucional, son verdaderas

organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno, que gozan de autonomía política y jurídica que debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que asegure la unidad nacional.

Su jurisdicción se ha consagrado en concordancia con el pluralismo y la diversidad socio-cultural que proclama la Carta Política, estableciendo a los cabildos indígenas como entidades públicas especiales encargadas de representar legalmente a sus grupos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 2001 de 1988 y en el artículo 246 de la Constitución Política.

Ahora bien, no puede obviar la Sala que existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, pues, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994, “*el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal*”.

Advertida esa tensión, en la sentencia T-439 de 1996, la Corte Constitucional estableció algunos criterios para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

En ese propósito, consideró que, como “*sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural*”, es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la Nación, atienda a la regla de “*la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*”, criterio que conllevó a establecer que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

“*a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. la seguridad interna).*

“*b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas*”.

Siguiendo esos lineamientos, en la sentencia T-523 de 1997, determinó que los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, “*a un consenso intercultural sobre lo que ‘verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre’, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son ‘necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional’*”.

En esa interpretación, advirtió la Corte Constitucional, no puede dejarse de lado las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, las cuales determinan distintas soluciones de sus asuntos.

Frente a la comunidad Páez, a la cual pertenece la denunciante AIMO, resulta pertinente traer a colación el estudio antropológico contenido en la aludida sentencia T-523 de 1997, del siguiente tenor:

“La tradición de la comunidad páez.

“Como bien lo afirma la antropóloga Esther Sánchez, la cultura páez debe ser estudiada como parte de un “tejido históricamente configurado”. No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión, evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de los mayores que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y la aceptación de su palabra por parte de las nuevas generaciones, que superaron la prohibición del uso de su lengua y la imposición de una educación típica de la tradición de los blancos.

“Ese proceso fue posible entonces, porque los paezes, además de gozar de unos elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su especificidad ha sido el motor que los ha impulsado a recuperar sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influenciadas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas. Un ejemplo de ello es su ordenamiento

jurídico, claramente impregnado por simbologías y procedimientos propios que, para el caso que ocupa a la Corte, merecen ser estudiados.

[...]

“Los castigos más usuales entre los paezes son: el fuete, los trabajos forzados en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio (..). El primero, que consiste en la flagelación corporal con un “perrero de arriar ganado”, aun tratándose de una práctica heredada de los españoles, tiene un significado propio, el del rayo, que es pensado por los paezes como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador. El segundo, por su parte (expulsión del territorio), es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

“Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia, por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición páez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros”.

Como puede observarse la sanción de expulsión del territorio impuesta a la denunciante es una práctica usual en la comunidad páez, cuya ejecución no puede calificarse como delictiva, porque ello desconocería el principio de diversidad étnica y cultural, y ante una diferente cosmovisión, no resulta admisible utilizar el derecho penal como fórmula para exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza.

Para abundar en razones, en relación con la pena de expulsión del territorio que consagran algunas comunidades indígenas, existen varios antecedentes jurisprudenciales de la Corte Constitucional²⁰, en los que se acepta la práctica de esta medida, estableciendo que la misma no puede asimilarse con el destierro, prohibido en el artículo 38 de la Carta Política, pues de acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (artículo 12) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 5º), el destierro se refiere a la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional, mientras que la pena de expulsión del territorio a que alude la tradición indígena, conlleva el destierro

²⁰ Ver, entre otros, sentencia T-254 de 1994.

del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de esa restricción.

De otro lado, de manera específica, en la sentencia T-523 de 1997, la misma Corporación señaló que “*el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena, motivo por el cual la Corte no encuentra ningún reparo contra esta determinación*”.

Ahora bien, la denunciante alegó que la medida ordenada es ilegal porque ella no incurrió en las faltas que se le atribuyen. Pero la Sala no tiene competencia para revisar la legalidad o no de ese acto, pues para ello cuenta con otros mecanismos de defensa judicial como la acción de tutela, donde puede discutir las eventuales violaciones al debido proceso en que hubieren incurrido las autoridades indígenas al imponerle la sanción que cuestiona.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles, art. 12
Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5
Constitución política de Colombia de 1991, art. 1, 7, 38, 246, 286, 329
Decreto 2001 de 1988, art. 20

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC: T-254 del 30 de mayo de 1994; T-439 de 1996; T-523 de 1997

11 CONSIDERACIONES RESPECTO A LA IMPROCEDENCIA DEL HABEAS CORPUS INSTAURADO POR PERSONA PRIVADA DE LA LIBERTAD EN RAZÓN A UN PROCESO ADELANTADO POR LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

Extracto n.º 16.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 32233 |
| Fecha | : | 16/07/2009 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | HABEAS CORPUS |

«Es indudable que el ordenamiento constitucional reconoce y garantiza la diversidad étnica y cultural de la Nación y, en desarrollo de ello protege sus tradiciones lingüísticas, su identidad cultural, social y económica, las cuales constituyen verdaderos mandatos que deben ser observados por las autoridades y los particulares.

Es así como en el artículo 1º de la Carta Política, el constituyente definió que Colombia es un “*Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general*”.

La pluralidad que allí se reconoce encuentra concreción, entre otras normas de la misma Carta, en el artículo 7º, en cuanto determina que “*el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana*”; en el 286, al señalar que son entidades territoriales “*los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas...*”; en el 329, cuando establece la conformación de las entidades territoriales indígenas con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial, cuya delimitación se hará por el gobierno nacional con participación de los representantes de las comunidades indígenas, al tiempo que reconoce que “*los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable*”; en el artículo 330 en cuanto reglamenta la organización de los territorios indígenas, señalando que de conformidad con la Constitución y las leyes, los mismos estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y establece sus funciones; y, finalmente, en el artículo 246 en cuanto reconoce la jurisdicción indígena dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República.

Tal plexo normativo demuestra a las claras que las comunidades indígenas, como lo tiene dicho la doctrina constitucional, son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno, que gozan de autonomía política y jurídica que debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional, de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que asegure la unidad nacional.

Su jurisdicción se ha consagrado en concordancia con el pluralismo y la diversidad socio-cultural que proclama la Carta Política, estableciendo a los cabildos indígenas como entidades públicas especiales encargadas de representar legalmente a sus grupos, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 20 del Decreto 2001 de 1988 y en el artículo 246 de la Constitución Política.

Ahora bien, no puede obviar la Sala que existe una tensión entre el reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural y la consagración de los derechos fundamentales, pues, como lo advirtió la Corte Constitucional en la sentencia T-254 del 30 de mayo de 1994, “*el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal*”.

Advertida esa tensión, en la sentencia T-439 de 1996, la Corte Constitucional estableció algunos criterios para la solución de los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros de igual jerarquía, y señaló los límites que deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio.

En ese propósito, consideró que, como “*sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural*”, es necesario que el intérprete, al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica y cultural de la Nación, atienda a la regla de “*la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía*”, criterio que conllevó a establecer que, en un caso concreto, sólo podrán ser admitidas como restricciones a la autonomía de las comunidades, las siguientes:

“a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (vg. la seguridad interna).

“b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”.

Siguiendo esos lineamientos, en la sentencia T-523 de 1997, determinó que los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, *“a un consenso intercultural sobre lo que ‘verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre’, es decir, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas (entendiendo por ello, que todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico). Estas medidas se justifican porque son ‘necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional’”*.

Hecha la precisión conceptual de las instituciones en juego, la solución del caso concreto aparece elemental, desde luego, dentro de la misma línea adoptada por el Magistrado del Tribunal a quien correspondió conocer del asunto en primera instancia, pues, no se ha puesto en tela de juicio la legitimidad de la autoridad indígena para regular aspectos tales como el de las infracciones o violaciones penales que afectan a la comunidad, la autoridad competente para sancionarlas, el trámite que debe seguirse en ese cometido y, finalmente, el tipo de pena subsecuente.

Y, si ya se hizo claro que la naturaleza subsidiaria de la acción de hábeas corpus impide invadir órbitas de competencia ajena dentro de la jurisdicción ordinaria, la exigencia se hace mayor cuando lo que se halla en juego es un bien constitucional que goza de profundo acento protectivo en los ámbitos interno y externo, cual es el de la autonomía de las comunidades indígenas, ya que el inmiscuirse en ellas, como arriba se vio, representa la posibilidad no solo de afectar su propia cosmovisión, sino de poner en peligro el bien máximo de la supervivencia cultural.

Bajo estas aristas insoslayables, evidente surge que cualquier controversia en torno del trámite seguido, la naturaleza de las pruebas recogidas o la justicia de la sanción, debe abordarse dentro de su propio escenario y no a través de la especialísima acción constitucional encaminada a proteger una libertad que, como se vio, ha sido legítimamente restringida.

Se comparte, así mismo, la decisión de primera grado en la cual se intimó a las autoridades indígenas posibilitar, si no lo han hecho, la comunicación del sancionado con sus familiares y representante legal, así como la efectiva atención médica que pueda requerir, en tanto, no existe claridad sobre el

tópico y constituyen, ellos, mínimos estándares de protección de derechos humanos que no pueden ser soslayados ni siquiera dentro de la autonomía propia de las autoridades indígenas y todos los demás aspectos que tienen que ver con los derechos fundamentales y, en especial, aquellos que tocan con la dignidad humana».

NORMATIVIDAD APLICABLE:

Constitución Política, arts. 1, 7, 246, 286, 329 y 330
Decreto 2001 de 1998, art. 20

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-254 de 1996 y CC T-523 de 1997

12 EXHORTO A AUTORIDADES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS PARA QUE PROYECTEN, DESARROLLEN E IMPLEMENTEN LOS MECANISMOS IDÓNEOS PARA QUE AUTORIDADES INDÍGENAS EMPODERADAS DE UN SISTEMA DE DERECHO PROPIO CUENTEN CON LAS HERRAMIENTAS PARA EL ENJUICIAMIENTO DE SUS CONNATURALES

Extracto n.º 17.

| | | |
|------------------------------|----------|--------------|
| Número de radicado | : | 44890 |
| Número de providencia | : | SP14851-2015 |
| Fecha | : | 28/10/2015 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...]si, pese a la clara expresión de la voluntad de las autoridades ancestrales, en el sentido de juzgar las conductas criminales de sus miembros, concurre la imposibilidad material de tramitar el asunto, de acuerdo con su sistema de justicia, derivado de la incapacidad logística o presupuestal, es claro que aunque la jurisdicción ordinaria no puede dar por satisfecho el presupuesto institucional, si está obligada a procurar, conforme al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público, que los entes gubernamentales se ocupen de instituir los mecanismos de inclusión y reconocimiento de la diversidad cultural y el fortalecimiento institucional, necesarios para que la jurisdicción especial indígena no gravite en el plano eminentemente retórico.

En ese sentido, de un lado, a nivel ejecutivo, se tiene que, si bien los Ministerios de Cultura²¹, de Justicia y del Derecho²² y del Interior²³ y, de

²¹ Política de diversidad cultural: entre sus directrices está la de fortalecer y garantizar a la sociedad el conjunto de derechos culturales, colectivos e individuales y reconocer y respetar la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas sobre su patrimonio cultural. La labor del Estado es garantizar a estas comunidades el ejercicio de sus derechos culturales y contribuir para que fortalezcan, recuperen y salvaguarden sus usos, representaciones, expresiones y saberes culturales. (http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/de-diversidad-cultural/Documents/07_politica_diversidad_cultural.pdf)

- Política de infraestructura cultural: es uno de los elementos más evidentes de la identidad de un pueblo o de un grupo humano. Entre los objetivos específicos, están los de acompañar y/o asesorar a los entes territoriales en los procesos de formulación, gestión y ejecución de proyectos de infraestructura cultural; identificar fuentes de recursos y líneas de crédito para la infraestructura cultural; una de sus líneas de acción es el fortalecimiento institucional, que debe generar capacidades en los entes territoriales con el fin de crear y/o fortalecer la infraestructura cultural local. Para este fin, el Ministerio de Cultura brinda apoyo técnico, jurídico y de gestión.

Así mismo, el Programa Nacional de Infraestructura Cultural debe: a) profundizar en las líneas de acción con carácter diferencial y promover las convocatorias públicas para el fortalecimiento y creación de equipamientos culturales, por ejemplo, a través de los recursos que provienen de regalías; b) generar un banco de experiencias exitosas que evidencien el fortalecimiento de la ciudadanía democrática cultural a partir de proyectos de construcción, fortalecimiento y manejo de la infraestructura cultural; c) apostar a la creación de una red de espacios de infraestructura cultural que promueva la promoción y circulación de bienes, servicios y manifestaciones culturales, y d) consolidar una red de administradores y gestores culturales encargados del manejo y sostenibilidad de dichos espacios. (http://www.mincultura.gov.co/ministerio/politicas-culturales/politica-de-infraestructura-cultural/Documents/16_politica_infraestructura_cultural.pdf).

²² Dentro de las funciones del Ministerio de Justicia, está la de combinar las relaciones entre la Rama Ejecutiva, la Judicial, el Ministerio Público y los organismos de control para el desarrollo y consolidación de la política pública en materia de justicia y del derecho. A su turno el Viceministerio de Promoción de Justicia tiene entre sus funciones, el asesoramiento en la formulación de políticas y la emisión de directrices, que orienten el sistema jurídico y su ordenamiento, así como la prestación de los servicios de justicia formal y alternativa, a través de la Rama Judicial, las autoridades administrativas y los particulares; coordinar el ejercicio de la función jurisdiccional del Ministerio de Justicia y del Derecho en los términos del inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política y en las materias precisas determinadas en la ley, la función jurisdiccional del Ministerio de Justicia y del Derecho. Con ese propósito se elaboró un Proyecto de Ley de Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y la Jurisdicción Ordinaria, que no llegó a feliz término.

²³ Mientras el Congreso expide la ley que regule el artículo 329 de la Carta, en relación con la definición de las relaciones y coordinación institucional de los territorios indígenas con las demás entidades territoriales, el Ministerio del Interior expidió el Decreto 1953 de 2014, cuyo artículo 1 prevé, entre sus principales objetos, el fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural.

Igualmente, el título VI establece, de manera concreta, los mecanismos para el fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena (artículos 95 a 98), entre los que se cuenta el reconocimiento y respeto a los pueblos indígenas del ejercicio preferente de su jurisdicción, el deber de apoyo, dentro del marco de competencias, de los cuerpos de investigación judicial de la Fiscalía General de la Nación y de la Policía Nacional, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, el Instituto Colombiano de Medicina Legal, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Contraloría General de la República, y las autoridades civiles y políticas y el fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, a través de la facultad, a cargo del Gobierno Nacional, de financiar los proyectos de Inversión presentados por los Territorios Indígenas encaminados a fortalecer su jurisdicción especial, así como la coordinación de mecanismos de apoyo para el funcionamiento, capacitación y seguimiento de esta jurisdicción.

Por su parte, el Decreto 2333 de 2014 establece en su artículo 2.3, el respeto a la ley de origen, ley natural, derecho mayor o derecho propio de los pueblos indígenas. La Ley de Origen y el Derecho

otro, el Consejo Superior de la Judicatura²⁴, han diseñado, en cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, una serie de políticas y normas encaminadas a salvaguardar tal compromiso estatal, casos como el que nos ocupa, demuestran que el propósito no ha sido cabalmente satisfecho.

Acorde con lo anterior, se exhortará a las referidas autoridades judiciales y administrativas, así como al nuevo Consejo de Gobierno Judicial, en tanto nuevo administrador de la rama judicial, y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para que, proyecten, desarrollem e implementen los mecanismos idóneos para que tanto las autoridades del Resguardo Cañamomo Lomaprieta, como de todas aquellas comunidades indígenas empoderadas de un sistema de derecho propio -usos y costumbres-, cuenten con las herramientas de orden físico y presupuestal para el enjuiciamiento de sus connaturales.»

Mayor o Derecho Propio representa el fundamento, vida y gobierno de los pueblos indígenas, en el que se debe hacer prevalecer el principio *pro homine* y los derechos humanos, fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas contenidos en bloque de constitucionalidad, sin desmedro de la autonomía y jurisdicción especial indígena.

²⁴ El Consejo Superior de la Judicatura, en consonancia con las atribuciones constitucionales del artículo 257 numeral 3, 4 y 5, entre las que se destaca dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales; y las demás establecidas en la ley, ha suscrito algunos convenios dirigidos a mejorar el acceso a los servicios de justicia de los territorios indígenas garantizando y fortaleciendo el reconocimiento a la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo. (Convenio de Cooperación con el Banco Interamericano de Desarrollo, financiado, a través del fondo de cooperación internacional del Gobierno de Japón y de recursos del mismo Consejo Superior de la Judicatura; Convenio de Coordinación y Cooperación entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC; Convenio de Cooperación entre el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia Colombiana de Cooperación Internacional (ACCI).

CAPÍTULO II

OTRAS TEMÁTICAS

13 GARANTÍA FUNDAMENTAL DE QUE HAYA UN TRADUCTOR DESDE EL INICIO DE LA ACTUACIÓN JUDICIAL -*idoneidad de la traducción*-

Extracto n. ° 18.

| | | |
|------------------------------|---|--------------|
| Número de radicado | : | 48136 |
| Número de providencia | : | SP17726-2016 |
| Fecha | : | 05/12/2016 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Un juicio justo implica garantizar a la persona, en los términos del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

a) Ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella:

(...)

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.

Y, en lo que corresponde con el precepto 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a las garantías judiciales:

[...]

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes:

a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

[...]

Importa ilustrar que el Comité, en la Observación General n.º 13²⁵, se ocupó sobre el primer precepto transrito así:

[...]

13. En el apartado f) del párrafo 3 se dispone que si el acusado no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal tendrá derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete. Este derecho es independiente del resultado del procedimiento y se aplica tanto a los extranjeros como a los nacionales. Tiene importancia básica cuando la ignorancia del idioma utilizado por un tribunal o la dificultad de su comprensión puede constituir un obstáculo principal al derecho de defensa.²⁶ (Subraya la Corte)

[...]

Ahora, en algunas decisiones, el Comité ha destacado la importancia de que, en los tribunales, los procesados utilicen los idiomas regionales o minoritarios²⁷.

[...]

En aras de facilitar la aplicación de la trascrita disposición y de garantizar los derechos a la traducción e interpretación en los procesos penales y en los procedimientos correspondientes a la ejecución de una orden de detención europea, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea profirieron la Directiva 2010/64/UE, de 20 de octubre de 2010, en la que se establece que los Estados miembros velarán porque “*todo sospechoso o acusado que no hable o entienda la lengua del proceso penal se beneficie sin demora de interpretación en el transcurso del proceso penal ante las autoridades de la investigación y judiciales, incluido durante el interrogatorio policial, en todas las vistas judiciales y las audiencias intermedias que sean necesarias*” (artículo 2, apartado 1). Y, en punto de la calidad de la interpretación, en el apartado 8 del mismo precepto, señala que deberá ser “*suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, garantizando en particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa.*”

²⁵ 21º periodo de sesiones 1984.

²⁶https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum/Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html. Consulta realizada el 1 de noviembre de 2016 a las 5:20 pm.

²⁷ Comité de Derechos Humanos. Caso Dominique Guesdon v. Francia (1990) Comunicación n.º 219/1986 U.U., párrafos 10.2 y 10.5 y Caso Ives Cadoret v. Francia (1991). Comunicación n.º 221/1987, párr. 5.6.

[...]

A nivel interno, el Código de Procedimiento Penal de 2004 prevé que nadie podrá ser investigado y juzgado sino “*con observancia de las formas propias de cada juicio*” (artículo 6) y, como una forma de asegurar la defensa, estatuye que el imputado y la víctima tendrán derecho a ser asistidos gratuitamente por un traductor debidamente acreditado o reconocido por el juez “*en el caso de no poder entender o expresarse en el idioma oficial*” (cánones 8, literal f) y 144).

Así las cosas, la presencia del traductor en las actuaciones judiciales, desde su inicio, es relevante para una real garantía de los derechos, tanto del *procesado*, a efectos de asegurar que pueda entender a cabalidad el contenido de los cargos que se le endilgan, ejercer su defensa material y comunicarse con su abogado; como de la *victima*, en procura de contribuir, esencialmente, a la verdad y a la justicia.

Más aún, la traducción que se haga debe ser idónea, no solo para que el *inculpado* tenga absoluta claridad sobre los cargos que se le imputan, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las consecuencias jurídicas de sus actos, las sanciones que enfrentará y las ventajas que obtendría si admite la responsabilidad, sino para que las partes y el juez entiendan lo que aquél, que no habla el idioma nacional, está diciendo, y así puedan elaborar las estrategias acusatorias o defensivas, y el juzgador, por su parte, tenga incondicional seguridad en torno a lo que manifiesta y contar así con los elementos suficientes para adoptar la decisión que corresponda.

El traductor, quien al interior de la actuación judicial es el canal comunicante entre el juez, las partes y el individuo (hombre o mujer) que no se expresa en el idioma nacional (castellano), es esencial para poder predicar un proceso justo y equitativo.

Bajo esa línea, es imperioso que el juez verifique que quien va a desempeñar ese rol se encuentra debidamente acreditado y, de no ser oficial, ese funcionario podrá reconocerlo como tal luego de inspeccionar con detenimiento su experiencia y conocimientos sobre el dialecto o lengua foránea, de modo que pueda dar fe que está habilitado, al tiempo que deberá juramentarlo, tal como lo prevé el artículo 401 del Código de Procedimiento de 2004, en concordancia con el 389 *ibidem*, formalidad que, si bien no impacta en la legalidad o ilegalidad de su intervención, sí es necesaria para garantizar que desempeñará el cargo con verdad y diligencia.

[...]

Según se registró a lo largo de la actuación, la lengua natal de ME es la *embera katio* y, si bien entiende determinadas palabras y de alguna manera

se puede comunicar en castellano, lo cierto es que no comprende muchas expresiones, ni el contexto de las conversaciones, menos los términos, conceptos y debates jurídicos. Por esa razón, se procuró que durante toda la actuación estuviera asistido por un traductor.

Sin embargo, luego de examinar con atención los videos de las distintas audiencias llevadas a cabo, se constata que en esta ocasión no se le garantizaron a plenitud sus derechos, justamente los correspondientes a la asistencia del traductor y a la traducción adecuada, de modo que se predicara en su favor un juicio justo.

Obsérvese:

En la preliminar de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, ME estuvo asistido por JDJC, gobernador del Cabildo indígena (urbano) *Embera, Katio Chami, CIECKCH*, quien también –según allí se dijo²⁸– colaboró con el proceso de materialización de los derechos del capturado.

Conforme a lo registrado en la sesión de formulación de acusación, JDJC no habla *embera katio* –lengua del procesado–, sino *embera chami*. Ello se hizo público cuando el Juez de conocimiento le pidió a C que tradujera la acusación hecha por el Fiscal, instante en el que el imputado manifestó no entender, toda vez que tenían dialectos distintos²⁹. El *a quo* lo requirió, tras indicarle que en su parecer él sí comprende el español, pero la defensora intervino para aclarar que no es así –esa realidad la pudo corroborar la Corte a lo largo de la actuación–.

[...]

Esa fue la razón para que en ese instante se relevara a C de su función y se designara a JCMS, quien lo acompañó en adelante, incluyendo la audiencia de sustentación llevada a cabo en esta Corporación.

Por manera, que durante el procedimiento de su captura y hasta, incluso, la audiencia del 6 de marzo de 2013 –cuando ella se formalizó, se le imputaron cargos y se le impuso medida de aseguramiento–, estuvo asistido por un traductor inidóneo. JDJC, se *itera*, no hablaba su mismo dialecto y ello le impidió asimilar y discernir con aptitud la conducta, rodeada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, que se le atribuía, así como la naturaleza de la actuación que se adelantaba.

²⁸ Cfr. record 06:41, primer registro, disco compacto 2.

²⁹ Cfr. record 29:50, disco compacto 4.

Esa situación es, sin duda, lesiva del debido proceso de ME, en concreto, en su componente de defensa.

[...]

Lo anterior denota que ME no comprendió con suficiencia la comunicación de cargos hecha por el representante de la Fiscalía, pero tampoco lo que le dijo el Juez y muy poco lo que le orientó el traductor.

Por consiguiente, no es viable predicar que se le haya asegurado un proceso justo. Su derecho a la defensa material no fue suficientemente garantizado y esa afectación no se enmienda con el posterior cambio de traductor.

[...]

La trascendencia de las irregularidades descritas imponen a la Corte que, oficiosamente, en aras de restablecer la garantía de defensa, así como el derecho a la verdad y a la justicia, declare la nulidad de lo actuado a partir, incluso, de la audiencia del 6 de marzo de 2013 (concentrada), a efectos de que se asegure la aptitud en el traductor y en la traducción.

Entonces, los jueces, de control de garantías y de conocimiento, habrán de acreditar debidamente a la persona que en esa condición actúe y velarán, en la medida de lo posible, porque la traducción que se realice sea idónea.

Como consecuencia, de la medida adoptada, la Sala ordenará la libertad inmediata e incondicional de ME, por razón de este proceso y siempre que no sea requerido por otra autoridad.

Teniendo en cuenta su condición de indígena, sujeto de especial protección por parte del Estado, y toda vez que, según consta en el expediente, varios de los integrantes de la comunidad que se alojaba en el albergue donde ocurrieron los hechos ya retornaron a su lugar de origen, se oficiará a la Alcaldía Mayor de Bogotá, Secretaría de Gobierno, Dirección de Etnias, o a quien haga sus veces, para que realice el acompañamiento de rigor».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Constitución Política de Colombia, art. 29

Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 10 y 11

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. XVIII y XXVI

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 14 y 15

Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 8 y 9

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), art. 6

Ley 906 de 2004, art. 401

14 APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE ENFOQUE DIFERENCIAL PARA LAS VICTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO INTERNO PERTENECIENTES A LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDIGENAS, EN EL MARCO DE LA LEY DE JUSTICIA Y PAZ (LEY 975 DE 2005).

Extracto n. ° 19.

| | | |
|------------------------------|---|-------------------|
| Número de radicado | : | 49067 |
| Número de providencia | : | SP19338-2017 |
| Fecha | : | 15/11/2017 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | SEGUNDA INSTANCIA |

El Artículo 5A de la Ley 975 de 2005, adicionado por el artículo 3º de la Ley 1592 de 2012 establece lo siguiente:

“ENFOQUE DIFERENCIAL. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, la participación de las víctimas en el proceso penal especial de que trata la presente ley, así como el proceso judicial y la investigación que se realice, deberán contar con dicho enfoque, sin perjuicio de la aplicación de criterios de priorización.

El Estado ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones a que se refiere el artículo 5º de la presente ley, tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos/as, líderes/lideresas sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores/as de Derechos Humanos, víctimas de desplazamiento forzado **y miembros de pueblos o comunidades indígenas**, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, cuando el riesgo se genere con ocasión de su participación en el proceso judicial especial de que trata la presente ley».

Este principio fue incluido en el artículo 13 de la Ley 1448 de 2011, norma por medio de la cual se establecieron mecanismos de asistencia, atención, prevención, protección, reparación integral con enfoque diferencial, acceso a la justicia y conocimiento de la verdad de las víctimas, resultando imperativo que en las investigaciones y juicios que se adelanten en los procesos de justicia y paz, se tengan en cuenta criterios diferenciales, con

el objeto de adoptar medidas afirmativas en beneficio de los grupos poblacionales más vulnerables. (CC C-694/15).

Concretamente, sobre el enfoque diferencial para las víctimas del conflicto armado interno pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, la Corte Constitucional en la sentencia CC T-010/15, señaló lo siguiente:

«Dicho principio de enfoque diferencial, es producto del reconocimiento lógico que ciertos grupos de personas tienen necesidades de protección distintas ante condiciones económicas de debilidad manifiesta (art. 13 C.P) y socio-culturales específicas.

El enfoque diferencial entonces como desarrollo del principio de igualdad, en tanto trata diferencialmente a sujetos desiguales, busca proteger a las personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad o de debilidad manifiesta, de manera que se logre una verdadera igualdad real y efectiva, con los principios de equidad, participación social e inclusión.

Dentro del enfoque diferencial, se encuentra el enfoque étnico³⁰, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, de tal manera que teniendo en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo, se brinde una protección diferenciada basada en dichas situaciones específicas de vulnerabilidad, que en el caso de las comunidades étnicas, como lo son las comunidades indígenas, afro, negras, palanqueras, raizales y Rom, se remontan a asimetrías históricas.

(...)

Ahora bien, en materia de víctimas del conflicto armado interno, tema que avoca la atención de la Sala Octava de Revisión en esta oportunidad, la agencia de la Organización de Naciones Unidas para los Refugiados, ha reconocido que, *“los pueblos indígenas y las comunidades afro colombianas son víctimas de violaciones sistemáticas a sus derechos individuales y colectivos, y de infracciones al derecho internacional humanitario.”*³¹ Lo cual ha impactado a dichos grupos étnicos en la afectación del pueblo como sujeto colectivo, la vulneración del ejercicio de la jurisdicción y autonomía territorial, el detrimento de las condiciones de vida, la alteración permanente de los procesos de identidad cultural, entre otros.³²

³⁰ Ver enfoque diferencial étnico en materia de reclusión carcelaria para miembros de comunidades indígenas, en sentencia T-642 de 2014. M.P. María Victoria Sáchica.

³¹ ACNUR, Enfoque diferencial étnico de la oficina del ACNUR en Colombia. Estrategia de transversalización y protección de la diversidad. Población indígena y Afro Colombiana. Disponible Online: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4554.pdf?view=1>

³² ACNUR, Enfoque diferencial étnico de la oficina del ACNUR en Colombia. Estrategia de transversalización y protección de la diversidad. Población indígena y Afro Colombiana. Disponible Online: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4554.pdf?view=1>

(...)

En conclusión, las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales, que den aplicabilidad a las medidas de reparación, ayuda y asistencia para las víctimas del conflicto armado interno, deben estar en correspondencia con el principio de enfoque diferencial étnico, en el caso que se encuentren frente a miembros de comunidades o pueblos indígenas. Este principio, fundado en la justicia y en la desigualdad para desiguales, responde a una reivindicación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y propende por respetar ciertos usos y costumbres, jurisdicción, cultura y autonomía, reconocidos por la misma Constitución».

Por lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, el Presidente de la República expidió el Decreto Ley 4633 de 2011 por medio del cual se regulan los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas, que debe ser consultado con el fin de respetar sus usos y costumbres.

De acuerdo con el artículo 3º del Decreto Ley, son víctimas tanto los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos, así como sus integrantes considerados de manera individual, «**que hayan sufrido daños como consecuencia de violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 10 de enero de 1985 y que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno**³³», indicando el parágrafo 1º de la norma en cita que «**Las reparaciones en los casos de muerte y desaparición forzada se llevarán a cabo teniendo en cuenta los criterios establecidos en el parágrafo segundo del artículo 110 del presente decreto**».

El artículo 110 de la norma en cita, reglamenta la indemnización individual a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido un daño, como medida de reparación, indicando en el parágrafo 2º lo siguiente:

«En los casos de muerte o desaparición forzada, la indemnización individual tendrá como criterios para determinar su beneficiario los siguientes:

a) En primer término y de forma concurrente el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa;

³³ Decreto 4633 de 2011, Artículo 3.

b) Subsidiariamente, se entregarán en forma concurrente a los parientes directos definidos de acuerdo con la organización o filiación social o familiar que se conserve al interior de los pueblos y comunidades indígenas y, atendiendo a la especificad de cada pueblo. En este caso, la Unidad Administrativa Especial para la Reparación Integral a Víctimas solicitará a la autoridad del pueblo o comunidad indígena al que pertenece la víctima, una certificación de los destinatarios de la indemnización de acuerdo con las normas tradicionales de parentesco del pueblo indígena».

Por último, en el artículo 39 se eleva a principio general la Buena fe, indicando lo siguiente:

«Se presume la buena fe de las víctimas de que trata el presente decreto. Las víctimas podrán **acreditar el daño** ocasionado por cualquier medio legalmente aceptado. No se exigirá a la víctima, individual o colectiva, probar las condiciones de modo, tiempo y lugar de los daños ocasionados y **bastará prueba sumaria para que la autoridad administrativa la releve de la carga de la prueba**».

Y el artículo 41 define el daño individual de la siguiente forma:

«El daño a las víctimas individualmente consideradas en el marco del presente decreto se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad, pueblo y territorio. La definición del daño tendrá en cuenta el enfoque diferencial e integral establecido en el Título III del presente decreto».

Sobre el tema que ahora se analiza, resulta del todo relevante analizar la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 10 de septiembre de 1993, en el caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam.

En esa oportunidad, los hechos juzgados ocurrieron el 31 diciembre de 1987 en Atjoni (aldea de Pokigron, Distrito de Sipaliwini) y en Tjongalangapassi, Distrito de Brokopondo. Ese día, más de 20 cimarrones (maroons / bushnegroes), pertenecientes a la tribu saramaca, fueron atacados, vejados y golpeados con las culatas de las armas de un grupo de militares, bajo la sospecha de que eran miembros del grupo subversivo Comando de la Selva; siete de ellos fueron arrastrados con los ojos vendados al interior de un vehículo militar y llevados por Tjongalangapassi rumbo a Paramaribo, ahí los obligaron a cavar su propia fosa, y luego les dieron muerte.

En la decisión referida, la Corte les reconoció a las esposas, hijos y padres de las víctimas una indemnización por un valor de US\$453.102 a cada uno de ellos, sin embargo, negó el derecho indemnizatorio a 25 parientes de las víctimas, quienes manifestaron que recibían de ellas ayuda económica en

dinero, en especie o mediante aportes de trabajo personal, porque no acreditaron la existencia del daño material y moral causado con la conducta ilícita.

Indicó la Corte que, en efecto, los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte, dan derecho a una indemnización. Ahora bien, tratándose de los sucesores de la víctima – hijos, cónyuge y padres -, el daño material y moral se presume, no ocurriendo lo mismo con los «terceros perjudicados», esto es, aquellas personas que sin ser sucesores de la víctima, han sufrido alguna consecuencia del acto ilícito, pues a estos les corresponde probar el derecho a la indemnización. Por su pertinencia, se transcribirán los apartes correspondientes:

Los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos.

La indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella.

Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (cfr. infra, pár. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados.

(...)

. El convenio N° 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Suriname y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales de derecho (art. 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes.

Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización.

Estos principios generales de derecho se refieren a “hijos”, “cónyuge” y “ascendientes”. Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado (supra, párr. 58), no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca.

Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los “ascendientes”, la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca.

(...)

La obligación de reparar el daño causado se extiende en ocasiones, dentro de los límites impuestos por el orden jurídico, a personas que, sin ser sucesores de la víctima, han sufrido alguna consecuencia del acto ilícito, cuestión que ha sido objeto de numerosas decisiones por parte de los tribunales internos. La jurisprudencia establece sin embargo, ciertas condiciones para admitir la demanda de reparación de daños planteada por un tercero.

En primer lugar, el pago reclamado debe estar fundado en prestaciones efectuadas realmente por la víctima al reclamante con independencia de si se trata de una obligación legal de alimentos. No puede tratarse sólo de aportes esporádicos, sino de pagos hechos regular y efectivamente en dinero o en especie o en servicios. Lo importante es la efectividad y la regularidad de la misma.

En segundo lugar, la relación entre la víctima y el reclamante debió ser de naturaleza tal que permita suponer con cierto fundamento que la prestación habría continuado si no hubiera ocurrido el homicidio de aquella.

Por último, el reclamante debe haber tenido una necesidad económica que regularmente era satisfecha con la prestación efectuada por la víctima. En este orden de cosas, no se trata necesariamente de una persona que se encuentre en la indigencia, sino de alguien que con la prestación se beneficiaba de algo que, si no fuera por la actitud de la víctima, no habría podido obtener por sí sola.

(...)

La Comisión ha invocado en reiterados pasajes de su escrito los precedentes del “Lusitania”, caso que fue resuelto por una Comisión mixta constituida por los Estados Unidos y Alemania. Pero, en cuanto a las reclamaciones de

los dependientes, aquella Comisión decidió que la indemnización sólo era procedente si se habían probado la efectividad y la regularidad de las prestaciones hechas por la víctima (cfr. los casos Henry W. Williamson and others y Ellen Williamson Hodges, administratix of the estate of Charles Francis Williamson, February 21, 1924, Reports of International Arbitral Awards, vol. VII, pp. 256 y 257 y Henry Groves and Joseph Groves, February 21, 1924, Reports of International Arbitral Awards, vol. VII, pp. 257-259).

La Corte ha efectuado anteriormente una distinción entre la reparación correspondiente a los sucesores y la debida a los reclamantes o dependientes. A los primeros, la Corte otorgará la reparación solicitada porque existe una presunción de que la muerte de las víctimas les ha causado perjuicio, quedando a cargo de la contraparte la prueba en contrario (cfr. supra, párr. 54). Pero, respecto de los otros reclamantes o dependientes, el onus probandi corresponde a la Comisión. Y ésta, a criterio de la Corte, no ha aportado las pruebas necesarias que permitan demostrar el cumplimiento de las condiciones indicadas.

La Corte es consciente de las dificultades que este caso presenta: se trata de hechos relativos a una comunidad que habita en la selva, cuyos integrantes son prácticamente analfabetos y no usan documentación escrita. No obstante se podrían haber utilizado otros medios de prueba.

En virtud de lo expuesto, la Corte rechaza la reclamación de indemnización por daño material para los dependientes.

74. La Comisión reclama también una indemnización por el daño moral sufrido por personas que, sin ser sucesores de las víctimas, eran dependientes de ellas.

La Corte estima que, al igual que en el caso de la reparación por perjuicios materiales alegados por los dependientes, el daño moral, en general, debe ser probado. En el presente litigio, a criterio de la Corte, no existen pruebas suficientes para demostrar el daño en los dependientes».

El análisis sistemático de la normatividad atrás referenciada, obliga concluir lo siguiente:

- a. Las actuaciones de las autoridades administrativas y judiciales, que den aplicabilidad a las medidas de reparación, ayuda y asistencia para las víctimas del conflicto armado interno, deben estar en correspondencia con el principio de **enfoque diferencial étnico**, en el caso que se encuentren frente a miembros de comunidades o pueblos indígenas.

- b. Son víctimas tanto los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos, así como sus integrantes considerados de manera individual siempre que: *(i)* hayan sufrido un daño; *(ii)* por violaciones graves y manifiestas de normas internacionales de derechos humanos, derechos fundamentales y colectivos, crímenes de lesa humanidad o infracciones al derecho internacional humanitario por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985 y; *(iii)* por hechos que guarden relación con factores subyacentes y vinculados al conflicto armado interno.
- c. La **indemnización individual** es una medida de reparación dirigida a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas que hayan sufrido un daño. En consecuencia, el daño debe ser acreditado por la víctima por cualquier medio legalmente aceptado, siendo suficiente aportar prueba sumaria para que la autoridad administrativa la releve de la carga de la prueba.
- d. El daño a las víctimas individualmente consideradas, se determina desde la cosmovisión de cada pueblo indígena y comprende las afectaciones físicas, materiales, psicológicas, espirituales y culturales, así como la vulneración al lazo de la víctima con su comunidad, pueblo y territorio, de conformidad con el principio de enfoque diferencial e integral.
- e. En los casos de muerte o desaparición forzada, la indemnización individual tendrá como criterios para determinar su **beneficiario**, en primer término y de forma concurrente el parentesco como cónyuge, compañero o compañera permanente y familiares en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa; subsidiariamente, se entregarán en forma concurrente a los parientes directos definidos de acuerdo con la organización o filiación social o familiar que se conserve al interior de los pueblos y comunidades indígenas, atendiendo a la especificidad de cada pueblo.
- f. El daño moral se presume respecto de los sucesores de la víctima – cónyuge, hijos y padres-, no así del resto de familiares, a quienes les corresponde probar su existencia.

Por todo lo expuesto, no le asiste razón a la apoderada de Pablo Enrique, María Teresa, María Esther y Miriam del Carmen Arias Maestre, cuando manifiesta que dada la pertenencia de sus representados a la etnia Kankuama, no puede exigírseles que demuestren el daño causado, en virtud del principio de enfoque diferencial.

En efecto, para que se pueda reconocer la condición de víctima de un pueblo o comunidad indígena como sujetos colectivos, o a sus integrantes individualmente considerados, se debe acreditar, al menos sumariamente, la existencia de un daño como consecuencia de las acciones delictivas perpetradas por los miembros de los grupos armados organizados al margen de la ley.

En consecuencia, el principio de enfoque diferencial no implica que las comunidades étnicas estén relevadas del cumplimiento de tal carga probatoria, sino que, para tales fines, se debe atender la cosmovisión del pueblo o comunidad indígena. Razonar de manera diferente, implicaría que en todos los casos en donde aparezca como víctima un integrante de un pueblo o comunidad indígena, se deba, por ese solo hecho, reconocer la indemnización individual, lo que resultaría contrario al derecho a la igualdad y a la distribución proporcional y temporal de los recursos disponibles para costear las indemnizaciones.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969

Convención Americana sobre Derechos Humanos arts. 8-4

Constitución Política de Colombia de 1991 art. 1, 7, 8, 10, 13, 29, 35, 96, 150-14, 171, 241-10, 246, 286, 329 y 330

Ley 1448 de 2011 art. 13, 205

Decreto- Ley 4366 de 2011 art. 3, 41 y 110

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias:

CC, C-694, 11 nov.2015; CC, T-010, 16 en. 2015;

15 CONSIDERACIONES RESPECTO A LA PROCEDENCIA DE LA EXTRADICIÓN DE PERSONA INDÍGENA

Extracto n.º 20.

| | | |
|----------------------------|---|----------------------|
| Número de radicado | : | 20289 |
| Fecha | : | 26/11/2003 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CAMBIO DE RADICACIÓN |

«La Sala no acoge los argumentos del defensor consistentes en que la calidad del indígena del requerido impide que la Corte rinda concepto favorable a la extradición, ya que teniendo como base el trámite legal de la extradición pasiva y la naturaleza jurídica de este instituto – como instrumento legal de colaboración entre la comunidad internacional en la lucha contra el crimen –; dicha calidad no guarda ninguna conexión con los elementos del concepto, además en orden a los normado por el artículo 35 de la Carta Política, la extradición de los colombianos de nacimiento, se concederá por delitos cometidos en el exterior, considerados como tales en la legislación colombiana, sin que excluya de ella a los indígenas.

[...]

No sobra precisar, finalmente, que acorde con el artículo 246 de la Carta Política, que consagra la jurisdicción especial indígena, dentro de sus presupuestos está que los hechos delictivos hayan ocurrido en territorio de la comunidad indígena, y en este caso los anexos evidencian que la conducta que fundamenta la solicitud tuvo ocurrencia cuando menos parcialmente en los Estados Unidos, eventos en los cuales procede la extradición si así lo considera conveniente el Gobierno Nacional».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 794 de 2.003, art. 259

Ley 733 de 2.002

Ley 600 de 2.000, arts. 398, 511, 512 y 513

Constitución Política de Colombia 1.991, arts. 35 y 246

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ AP, 24 en. 2002, rad. 18701

16 CONCEPTO DESFAVORABLE DE EXTRADICIÓN DE PERSONA PERTENECIENTE A COMUNIDAD INDIGENA, POR RECONOCIMIENTO DE FUERO Y SENTENCIA SU JURISDICCIÓN. Análisis de requisitos

Extracto n.º 21.

| | | |
|------------------------------|---|-------------|
| Número de radicado | : | 49006 |
| Número de providencia | : | CP036-2018 |
| Fecha | : | 21/03/2018 |
| Tipo de providencia | : | CONCEPTO |
| Clase de actuación | : | EXTRADICIÓN |

«[...] para dar aplicación al principio de non bis in ídem, es necesario que exista una triple correspondencia entre la solicitud de extradición presentada por el Gobierno estadounidense, con fundamento en el Cargo Uno de la acusación formal sellada n.º 15 CRIM 666, también enunciada como 15 Cr. 666, proferida el 6 de octubre de 2015 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York y el proceso que cursó en el Resguardo Indígena San Juan del Pueblo de los Pastos y finalizó con sentencia condenatoria contra YG . Veamos:

a) Identidad personal: En la Nota Verbal n.º 1855 emitida el 27 de septiembre de 2016 por la Embajada de Estados Unidos de América , mediante la cual se formaliza la petición de extradición, se informó que el reclamado se llama JMYG, ‘también conocido como “JEGP”, (...) “[...], (...) “[...], (...) “[...]]”, ciudadano colombiano nacido el [...] de [...] de [...], identificado con la cédula de ciudadanía n.º [...], datos que corresponden a quien permanece privado de la libertad desde el 30 de julio del año antepasado .

Del mismo modo, PLR, Gobernador Principal del Resguardo de San Juan, Pueblo de los Pastos, certificó:

[...]

Como se puede apreciar, cotejados los datos aportados a la presente diligencia con los que se tienen del proceso que se llevó a cabo en la jurisdicción especial indígena en el Resguardo San Juan, se concluye que JMYG es la misma persona.

Por lo expuesto, se cumple en este caso el condicionamiento de la identidad de la persona.

b) Identidad de causa: Se acreditó en el trámite de extradición que YG fue condenado el 30 de octubre de 2016 por la autoridad indígena del Resguardo de San Juan, a la pena privativa de la libertad de 10 años, al habersele hallado responsable por la comisión de los delitos de “tráfico de armas”, “lavado de activos” y “narcotráfico” .

En este punto, con el fin de determinar si dicha decisión tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia y si aquella se encuentra en firme, es menester analizar el procedimiento previo para emitirla, para definir si constituyó un juicio a la luz de los usos y costumbres de ese pueblo aborigen.

Al respecto, se observa dentro de las carpetas aportadas, las providencias del 19 de mayo y 4 de agosto de 2016, proferidas por el Resguardo Indígena de San Juan, mediante las cuales se dejó constancia de la realización de mingas de pensamiento donde se efectuó, “trabajo de campo”, tales como la práctica de interrogatorios.

[...]

De igual manera, se allegó proveídos del 20 y 30 de octubre siguientes, dictados por esa misma autoridad, a través de los cuales se realizó el juicio y declaró culpable al pretendido [...].

[...]

De lo anterior se desprende que se siguió un procedimiento propio de la comunidad indígena, en el que se le permitió al actor ejercer su derecho de defensa y contradicción y en la que se entiende con fuerza vinculante para sus miembros todas las decisiones proferidas por el Cabildo indígena.

[...]

[...] si bien, PLR, Gobernador Principal del pueblo aborigen, afirmó que la resolución del 30 de octubre de 2016 “puede ser definitiva o surta una posible modificación”, no se está refiriendo a la ejecutoria en los términos que el derecho ordinario lo concibe sino a la fase de ejecución de la pena y las medidas de resocialización, trabajo comunitario y reparación colectiva que se podrían implementar, previa solicitud del nativo.

Ahora bien, cuando se requirió a esa misma autoridad para que informara sobre el estado del cumplimiento de la sanción impuesta a JMYG, manifestó:

“Para dar a conocer a su despacho sobre el estado en que se encuentra el cumplimiento de la pena de privación de libertad impuesta a YG, nos

permitimos informar que desde el momento de su captura dentro del Resguardo Indígena Ipiales del Pueblo los Pastos, de donde fue sacado y llevado a la ciudad de Bogotá a su privación de la libertad se encuentra en la cárcel la Picota — Comeb - alejado totalmente de su entorno social y cultural de su comunidad y familia.”

De lo trascrito, se podría entender que, si uno de los efectos jurídicos que se produce a partir de la firmeza de una decisión judicial, es que el fallo resulta obligatorio y, por ello, es susceptible de ejecución, cuando el Gobernador Principal de la comunidad autóctona señala que se encontraba el pretendido cumpliendo la pena en el Resguardo cuando fue capturado con fines de extradición, es porque aquella cobró efectivamente ejecutoria.

Igualmente, por cuanto no se encuentra constancia o información alguna dentro de los documentos aportados, que tiendan a demostrar que se interpuso recurso o similar contra esa decisión.

La Sala resalta que, habida cuenta que, es una facultad y obligación del Estado colombiano imponer penas y/o medidas de seguridad cuando sea menester, también lo es ejecutarlas, por ende, no existen términos indefinidos para su cumplimiento.

Desde esa perspectiva y en armonía con la necesidad de pregonar y garantizar el principio de libre autodeterminación de los pueblos indígenas, basta con que se evidencie dentro de la actuación procesal que se configuró aquella, tal y como se determinó en esta oportunidad con la respuesta de PLR, Gobernador Principal del Resguardo San Juan y con la verificaron del expediente.

En esas condiciones, se cumple el requisito de la existencia de sentencia en firme o providencia que tenga su misma fuerza vinculante, también ejecutoriada antes de haberse emitido concepto de extradición por parte de esta Corporación.

c) Identidad de objeto: En este punto, debe examinar la Corte si los hechos motivo de juzgamiento por parte del Resguardo Indígena San Juan, son los mismos por los que es requerido en extradición JMYG, para lo cual se hará alusión a la forma como son concebidos por el Gobierno estadounidense y en el proceso que cursó en nuestro país en la jurisdicción especial indígena.

De acuerdo con el Cargo Uno de la acusación formal sellada n.º 15 CRIM 666, también enunciada como 15 Cr. 666, proferida el 6 de octubre de 2015 por el Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York, YG fue llamado a juicio para que respondiera por su presunta participación en delitos relacionados con narcotráfico.

[...]

[...] puede colegirse válidamente que los que son motivo de acusación por parte del Gobierno de los Estados Unidos de América, en tratándose del Cargo Uno, encuadran cabalmente con los que fueron objeto de procesamiento a través de la jurisdicción especial indígena en Colombia.

En la primera, se describe una organización criminal que se dedicaba al tráfico de estupefacientes, en la que con varios conocidos y desconocidos, el requerido se concertaba con el fin de transportar cocaína desde Ipiales, Nariño, a territorio estadounidense y en la segunda, a un “mandadero” que se contactaba con un grupo de personas que por dinero le pedían, dentro ese mismo municipio, llevar y traer sustancia de hoja de coca, sin que supiera éste el destino final de aquellas.

Asimismo, el marco temporal de ocurrencia de los sucesos delictivos señalado en la imputación foránea se fijó entre 2013 hasta aproximadamente el mes de septiembre de 2015, mientras en nuestro país se delimitó del 2013 al 2015.

Se establece con claridad, a partir de la documentación extranjera aportada en respaldo del presente trámite, que los hechos que en su momento motivaron la extradición, son en esencia los mismos que sustentaron la sentencia condenatoria emitida por el Resguardo Indígena de San Juan, pues aunque la categoría de “mandadero” no exista en el estatuto penal estadounidense, responde en términos generales, a los elementos descriptivos de los tipos penales de concierto para delinquir agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado concebidos por la jurisdicción ordinaria colombiana.

Por lo tanto, le asiste razón al pretendido cuando expone en su alegación que la garantía del non bis in idem podría verse vulnerada con relación al doble juzgamiento por los injustos mencionados -nominados por el Resguardo San Juan como “narcotráfico”- pero no por la conducta de lavado de activos. Lo último, porque las autoridades norteamericanas no lo investigaron por el punible que regula ese comportamiento en la normatividad invocada de la acusación formal.

Contrario fue lo que sucedió en el juzgamiento que se llevó a cabo en Colombia ante la jurisdicción especial indígena, donde, de los elementos de convicción aportados, se estableció que el condenado había vulnerado el bien jurídico del orden económico y social y el de la seguridad pública, por ende, era procedente sancionarlo por las conductas de “lavado de activos” y “porte de armas”, último del que por sustracción de materia, no habrá pronunciamiento en este acápite, toda vez que fue motivo de estudio en líneas precedentes.

En este punto, es del caso resaltar que, en la jurisdicción ordinaria, la conducta de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado está delimitada y es escindible del concierto para delinquir con fines de narcotráfico, por lo que no comportan unidad de acción.

No obstante, teniendo en cuenta que el “Resguardo Indígena de San Juan[,] Municipio de Ipiales tiene estipulado sus leyes, normas y procedimientos en la oralidad”, se impone concluir que los hechos por los cuales se condenó al reclamado se adecuan, en nuestro ordenamiento jurídico ordinario a esos dos tipos penales, a pesar que el Cabildo explícitamente lo designará “narcotráfico”, esto, teniendo en cuenta que por su cosmovisión y particular forma de raciocinio y apreciación, según sus usos y costumbres, es posible predicar que la denominación jurídica de “narcotráfico” empleada por la autoridad indígena y la descripción fáctica del comportamiento prohibido, detallada en el fallo proferido por el aludido pueblo nativo, engloban tanto la acción de concertarse con fines de tráfico estupefacientes como la de materializar dicho contrabando de drogas ilegales.

En este punto, está bien señalar que, un Estado respetuoso de la diversidad étnica y cultural y de la capacidad de los cabildos indígenas para gestionar sus propios asuntos, acorde con el principio de maximización de la autonomía, reconoce que no es posible imponer la visión mayoritaria de la sociedad en general y, particularmente, las categorías dogmáticas empleadas por el derecho común sobre las normas, usos y costumbres de las comunidades indígenas para pretender que, bajo una idéntica postura, las autoridades ancestrales utilicen el mismo nomen iuris o similares elementos descriptivos del tipo que los contemplados por las disposiciones del derecho ordinario.

Lo verdaderamente importante es que el soporte fáctico de una y otra decisión -la de la jurisdicción ordinaria y la especial indígena- guarden correspondencia. Así, en el caso de la especie, se tiene que tanto la sentencia del Resguardo Indígena San Juan, como la acusación formal estadounidense aluden a la existencia de una organización criminal dedicada al narcotráfico, en la que el procesado cumplía el rol de llevar de un lugar a otro los estupefacientes.

De acuerdo con lo expuesto y el soporte documental allegado al trámite de extradición de YG, encuentra la Corte para este asunto y respecto a los delitos de concierto para delinquir con fines de narcotráfico y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, que ya fueron juzgados en nuestro país por la jurisdicción especial indígena.

Así, la decisión que adoptará la Corte respecto a la solicitud de extradición de JMYG será desfavorable para los ilícitos de concierto para delinquir

agravado y tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, por presentarse equivalencia entre la acusación foránea y el juzgamiento en el territorio colombiano por la jurisdicción especial indígena.

Adicionalmente, al tratarse de una decisión ejecutoriada, previo al concepto de esta Corporación -en etapa de la ejecución de la pena-, no se observa una maniobra de mala fe para eludir el pedido del Gobierno de los Estados Unidos de América.

En conclusión, el sentido del concepto de extradición para YG frente al Cargo Uno de la acusación formal en tratándose del concierto para delinquir agravado y el tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado, se emitirá de forma desfavorable, en garantía del non bis in idem al haber sido objeto de juzgamiento en Colombia por la jurisdicción especial indígena, e igualmente, con relación al Cargo Dos referido al delito de fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos, puesto que los hechos que lo fundamentan se cometieron en territorio nacional».

.

.

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art. 8-4

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos art. 14-7

Constitución Política de Colombia de 1991 art. 1, 7, 8, 10, 13, 29, 35, 96, 150-14, 171, 241-10, 246, 286, 329 Y 330

Ley 906 de 2004 art. 21, 336, 490, 493, 495 Y 502

Ley 599 de 2000 art. 8, 13 Y 14 /

Decreto 2535 de 1993 art. 8

Ley 1564 de 2012 art. 251

;

17 ALCANCE DE LOS ARTÍCULOS 8, 9 Y 10 DEL CONVENIO 169 DE LA OIT: EN LA FASE DE EJECUCIÓN DE LA PENA IMPUESTA POR LA JURISDICCIÓN ORDINARIA CONFORME AL CÓDIGO PENAL, SE PUEDEN FIJAR MECANISMOS DE COORDINACIÓN E INTERLOCUCIÓN PARA QUE SE RESPETE EL PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL DURANTE ESTA ETAPA

Extracto n. ° 22.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 41596 |
| Fecha | : | 21/08/2013 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«[...] el motivo de inconformidad que trae a colación el censor radica en que los juzgadores hayan negado el beneficio sustitutivo de la prisión domiciliaria a sus prohijados, desconociendo que las citadas disposiciones del bloque de constitucionalidad abogan por dar prelación a una sanción diferente al encarcelamiento, en el caso de los indígenas condenados.

Dichos preceptos del Convenio 169 de la OIT, invocados por el libelista, consagran:

“Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a

todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9

- 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*
- 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.*

Artículo 10

- 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.*
- 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.*

El actor cita los transcritos dispositivos como fuente de su argumentación, pero omitiendo considerar las salvedades que directamente consagra el instrumento internacional, pues, aunque en efecto se aboga porque en la aplicación de las leyes patrias se respete el derecho que tienen los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, se dispone que ello es posible “*siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*”.

De igual modo, se propende por el respeto a los métodos a los que las comunidades indígenas recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, pero, en el Convenio de la OIT se aclara que “*en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*”.

Y, en cuanto a las penas aplicables, a manera de sugerencia, porque no otra cosa puede desprenderse del texto de la norma, se indica que debe “*darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*”, es decir, que frente a dos alternativas punitivas, se antepondrá la que no implique la restricción de la libertad.

Ello no es lo que ocurre en este evento, en el que si se fijó una pena principal afflictiva de la libertad de locomoción, no fue porque el juez caprichosamente quiso hacerlo, sino porque en acatamiento a lo que ordena el principio de legalidad, así procedió; y lo propio ocurrió cuando analizados los factores objetivos y subjetivos que consagra el legislador para la concesión de cualquier beneficio sustitutivo, optó por negarlos a los acusados.

Ahora, a la imposición de las penas que legalmente correspondan, no se opone el hecho de que en su ejecución la autoridad competente interprete la legislación respectiva en concordancia con las normas del bloque de constitucionalidad y, en particular, con los tratados internacionales de derechos humanos, pues, como lo ha dicho la Corte Constitucional³⁴:

“Interpretando la normatividad nacional e internacional en relación con el fin de la pena y la función resocializadora y preventiva de la misma, la jurisprudencia estableció el alcance de la competencia del INPEC como la entidad encargada de hacer cumplir las medidas de privación de la libertad:

“2.1.7. Desde esta perspectiva, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario está obligada a efectuar una interpretación de las normas aplicables acorde con los tratados internacionales de derechos humanos y con los principios de favorabilidad, buena fe y primacía de lo sustancial sobre lo formal, razón por la cual no le es posible exigir requisitos irrazonables o desproporcionados o imponer barreras de acceso a los beneficios que otorga la ley a las personas privadas de la libertad que no tienen asidero en las normas aplicables (...).”

De todos modos, lo que debe tenerse en cuenta en este asunto es que no habiendo duda sobre la competencia de la jurisdicción ordinaria, todo lo atinente al cumplimiento de la pena concierne a las autoridades judiciales –Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad- y al INPEC, ante las cuales pueden acudir las autoridades indígenas con el fin de solicitar, en razón de su particular visión frente a la pena y su finalidad, la fijación de *“mecanismos de coordinación e interlocución entre las comunidades y las autoridades nacionales, para que en el cumplimiento de la sanción, se respete el principio de diversidad étnica y cultural”*³⁵.

Así lo estimó esa Corporación en la Sentencia T-097 de 2012, agregando que si bien Colombia respeta la diversidad cultural y la autonomía indígena, cuando en algunos casos miembros de estas comunidades cometan delitos sancionados por la jurisdicción ordinaria, es necesario tomar medidas para

³⁴ Sentencia T-635 de 2008.

³⁵ Sentencia T-097 de 2012.

sancionar y prevenir hechos futuros similares, pero que a la vez propendan por el reconocimiento de las condiciones particulares de los indígenas que han infringido la ley.

En tal medida, por ahora lo que importa relevar es que el delito que se atribuye a los procesados fue investigado y juzgado por la jurisdicción ordinaria, es decir, que lo falló el juez natural, se atendió el debido proceso y se aplicaron las consecuencias jurídicas legalmente procedentes.

En asuntos similares, la Corte Constitucional ha considerado que cuando se han cumplido todos los pasos requeridos y se ha asignado al juez ordinario la función de juzgar a miembros de comunidades indígenas, no puede alegarse “*un desconocimiento del derecho propio, el juez natural y el debido proceso*”

En efecto, en la ya citada Sentencia T-097, señaló:

“[...]

Cabe señalar que de conformidad con el principio de legalidad de las penas (C.P. art 29), éstas son las que consagra la ley y que se imponen por el juez competente. Resuelto favorablemente un conflicto entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción indígena, a favor de la primera, en principio, al imputado y condenado le resultan aplicables en su integridad las normas y procedimientos propios previstos en la ley. El hecho de que el imputado o condenado sea indígena, aunque no puede soslayarse y demanda un tratamiento jurídico-cultural apropiado, no lo sustrae del régimen normativo general y abstracto que se predica de las personas a las que se extienden las reglas dictadas por el legislador. Al margen de una pauta normativa específica emanada del legislador, tratándose del régimen ordinario, no puede el juez o la administración, tomar en consideración la condición étnica de un justiciable con miras a otorgar un tratamiento diferente del indicado en el estatuto legal general. Hacerlo comportaría quebrantar el principio de igualdad ante la ley (C.P. art. 13). Justamente, la remisión de una persona a la jurisdicción indígena, es la única circunstancia que en el marco de la Constitución, permite que en términos sustantivos, procesales y de ejecución de la pena, un individuo no pueda ser cobijado por las normas legales ordinarias en esas mismas materias. En otras palabras, si el imputado o condenado indígena, objetivamente se encuentra sujeto a la jurisdicción ordinaria, en ésta no puede reclamar aparte de la consideración jurídico-cultural señalada, un tratamiento que desborde la legalidad ordinaria.

“[...]"

Entonces, como la ley colombiana ha positivizado los casos en los cuales resulta imposible otorgar al procesado, indígena o no, el subrogado de prisión domiciliaria, no es posible acudir a esa criterio orientador del Convenio de la OIT para conceder un beneficio que, de entregarse, evidentemente viola postulados de igualdad respecto a los demás sentenciados por conductas similares. Cosa distinta es que en la ejecución de las sanciones, se tengan en cuenta esos factores, lo cual compete, como se señaló antes, a las autoridades encargadas de velar por su cumplimiento».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Convenio 169 de la OIT, art. 8, 9, 10
Ley 21 de 1991

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CC T-097 de 2012; CSJ AP, 09 oct. 2013, rad. 42281; CSJ AP1576-2014; CSJ AP4470-2015; CSJ AP5156-2015; SP14851-2015

En el auto CSJ AP1576-2014 la Sala agregó lo siguiente:

«[...] la Corte Constitucional cuando aborda el tema específico de las sanciones penales aplicables a los miembros de las comunidades indígenas, en los casos en que el proceso se tramitó por la justicia ordinaria, tiene buen cuidado de respetar mínimos de legalidad, pues, en lugar de prohijar la tesis de que la pena de prisión puede ser mutada por otros medios tradicionales de sanción indígena, entiende mejor que esa sanción, de ninguna forma mutada o atemperada por el cumplimiento en reclusión domiciliaria, puede ser ejecutada en un sitio adecuado para el efecto por la comunidad.

Esto anotó la Corte Constitucional en reciente decisión -CC T-921/13-:

“Para evitar el masivo proceso de desculturización del cual viene siendo objeto la población indígena que se encuentra actualmente privada de la libertad en virtud de una pena o de una medida de aseguramiento, se hace necesario que en caso de que un indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria se cumplan las siguientes reglas:

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

(ii) De considerarse que puede proceder la medida de aseguramiento consistente en detención preventiva el juez de control de garantías (para

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

(iii) *Una vez emitida la sentencia se consultará con la máxima autoridad de la comunidad indígena si el condenado puede cumplir la pena en su territorio. En ese caso, el juez deberá comprobar si la comunidad tiene instalaciones idóneas para garantizar que la privación de la libertad se cumpla en condiciones dignas y con vigilancia de su seguridad. Adicionalmente, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, el INPEC deberá efectuar visitas a la comunidad para comprobar que el indígena se encuentre efectivamente privado de la libertad. En caso de que el indígena no esté en el lugar asignado deberá revocarse inmediatamente esta medida. Si el resguardo no cuenta con la infraestructura necesaria para garantizar la privación de la libertad se deberá dar cumplimiento estricto al artículo 29 de la Ley 65 de 1993.*

(iv) *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 podrán cumplir la pena privativa de la libertad al interior de su territorio, siempre y cuando el mismo cuente con las instalaciones necesarias para el cumplimiento de la pena. La solicitud para la aplicación de esta medida podrá ser presentada ante el funcionario que vigile el cumplimiento de la medida o sentencia.”*

De lo anotado fácil se verifica que de ninguna manera es factible modificar o sustituir la pena impuesta al procesado, cuando ella deviene de un proceso adelantado por la justicia ordinaria, y apenas, como lo señala la Corte Constitucional, en aras de preservar la cultura y costumbres del acusado, es factible que ese confinamiento lo cumpla al interior de su comunidad, cuando ella cuenta con las condiciones adecuadas para el efecto.

Así las cosas, cuando el indígena debe descontar pena de prisión por sentencia ejecutoriada que así lo ordena, es necesario que el juez de

ejecución de penas consulte con la máxima autoridad de la comunidad indígena si es factible cumplir al interior de la misma la pena y, de obtener respuesta positiva, ha de verificar *in situ* que se tengan las instalaciones idóneas para garantizar esa privación de libertad. Adicionalmente, ya producida la reclusión, corresponde al INPEC realizar visitas periódicas para comprobar que la privación de libertad sí se ha materializado.

Para el caso concreto, entonces, advertida la completa impropiedad de lo pedido por el demandante en casación, apenas resta advertir que tan pronto se ejecutoríe la sentencia y asuma competencia el juez de ejecución de penas, este de oficio o a solicitud de parte, debe adelantar el trámite correspondiente para dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la decisión antes reseñada».

18 EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY 121 DE 1991³⁶ NO APLICA A MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO SINO A LAS SANCIONES PENALES.

Extracto n. ° 23.

| | | |
|----------------------------|---|---------------------|
| Número de radicado | : | 27660 |
| Fecha | : | 07/06/2007 |
| Tipo de providencia | : | AUTO INTERLOCUTORIO |
| Clase de actuación | : | HABEAS CORPUS |

«[...] entratándose de la Ley 21 de 1.991 y si bien ella prevé ciertamente la posibilidad de que se prefieran sanciones diversas al encarcelamiento, es apenas evidente su improcedente aplicación por cuanto además de que ésta supondría el entorno propio de la jurisdicción indígena lo que ya fue definido por el Consejo Superior de la Judicatura al asignar el conocimiento del correspondiente asunto a la justicia ordinaria, la misma se refiere a sanciones lo cual denota su incompatibilidad con la fase que se cuestiona en tanto se trata de la medida de aseguramiento como medida provisional proferida no para sancionar jurídicamente al sindicado sino para garantizar su comparecencia al proceso y el eventual cumplimiento, ahí sí de la pena.»

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 121 de 1991

³⁶ Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL TRATAMIENTO PENAL A LA PERSONA INDÍGENA

Extracto n. ° 24.

| | | |
|----------------------------|---|---|
| Gaceta | : | CSJ SP, 04 abr. 1941, GJ LI, n. ° 1970 – 1976 (1941 – 1942), pág. 309 a 313 |
| Fecha | : | 04/04/1941 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«La infirmación del fallo por la circunstancia de ser el reo un indígena no civilizado; las alegaciones de las partes, y los dictámenes médicos producidos después de la casación, suscitan serios interrogantes:

¿Según aquellos dictámenes deberá considerarse al indígena JDG como no civilizado?

En caso afirmativo, ¿habrá de quedar fuera del derecho común del país, y esto aun tratándose de un reo de homicidio que el Tribunal de instancia consideró sancionable con la pena de nueve años de presidio?

¿Nada tendrá que hacer respecto de él la justicia ordinaria, sino absolverlo?

Y por último, la nueva legislación penal, que hace responsable a “todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal” (artículo 11 del Código 1936) y que establece las medidas de seguridad para los psíquicamente anormales ¿no habrá venido a modificar tácitamente o al menos a complementar las leyes de 1890 y 1892 que sustrajeron de la legislación a “los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada?”

La Corte, para dictar el fallo de instancia que reemplace al infirmado, en el presente negocio, procede a resolver el problema a la luz de los dictámenes médicos emitidos en cumplimiento de lo dispuesto por la sentencia de casación.

Como ya se dijo, los estudios llevados a cabo después de la casación no colocan a G en ninguno de los casos de irresponsabilidad contemplados por el artículo 29 del Código Penal de 1890.

A este sindicado se le juzgó con la plenitud de las formas propias del juicio por jurados y ellos lo consideraron y declararon responsable.

En tales condiciones no sería razonable sostener que, a pesar de todo, esté fuera de la órbita de la ley penal; y tanto la justicia como los intereses de la defensa social exigen que el caso se decida de acuerdo con los principios normativos de aquella ley.

Estima la Sala que está en lo cierto el señor abogado de G cuando sostiene que en el caso de no considerar irresponsable a este indígena, debe aplicársele el Código de 1936, como más benigno que el de 1890.

Y puesto que los dictámenes periciales no permiten reputar al procesado como una de aquellas personas que el viejo Código declaraba excusables y no sujetas a pena, se impone la necesidad de comparar los dos códigos para saber cuál es el más favorable al reo.

Ahora bien: si según el de 1890 debía condenársele a una pena afflictiva que los juzgadores fijaron en nueve años de presidio; y si con el nuevo código pueden aplicársele las medidas de seguridad que su abogado propone, las cuales no son afflictivas, son más provechosas para G y aún pueden resultar de más corta duración que la pena de 1936 es más favorable al reo.

Como indígena puro que es y no civilizado no debe tratársele con todo el peso del rigor legal, máximo con el de un código como el de 1890 conforme al cual ha medirse la sanción de acuerdo con el grado de responsabilidad moral del agente.

Según lo sugirió el propio defensor o apoderado del reo al sustentar el recurso de casación, si alguna vez resulta indicada la aplicación de medidas de seguridad en vez de pena afflictiva es en casos como este, no sólo en concepto de ser la solución más benigna o favorable al reo, sino por cuanto se trata de un procesado a quienes los jueces de instancia, los jurados y los médico-legistas no consideran irresponsable y a quien debe reputarse peligroso y sujeto que requiere, por definición, que se le apliquen aquellas medidas, como las más adecuadas para adaptarlo a la vida social.

Asimilable este reo a un retrasado o a un deficiente mental, lo que permite evitarle la rigurosa sanción de nueve años de presidio que impuso el Tribunal sentenciador queda por examinar qué clase de medida de seguridad puede aplicársele.

El retrasado mental podría considerarse, desde el punto de vista pedagógico, en situación más análoga a la del menor de edad que a la del afectado por anomalía psíquica.

Pero esta clasificación, no exenta de empirismo, ofrecería, por otra parte, graves inconvenientes en cuanto a la clase o especie de medida de seguridad aplicable, pues sería insólito enviar a un reformatorio de niños o de adolescentes a un reo como el indígena G.

Por consiguiente entre las medidas de seguridad de que trata el artículo 61 del nuevo código, la indicada para este caso es la reclusión en una colonia agrícola especial.

Respecto de esta clase de medidas de seguridad no puede fijarse de antemano el máximo de su duración, pues de acuerdo con lo que dispone el artículo 64 del código, “la reclusión en los establecimientos de que tratan los artículos anteriores, subsistirá hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad; pero en ningún caso podrá ser menos de dos años en el manicomio criminal, ni de un año en la colonia agrícola especial”.

Sólo es dable, pues, determinar el mínimo imponible que, para el caso concreto de G, en manera alguno podría coincidir con el mínimo de un año, consentido por la ley, si se tienen en cuenta la gravedad del hecho delictuoso y las circunstancias que lo acompañaron».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 153 de 1887, arts. 44, 45, 46 y 47.

Ley 100 de 1980, arts. 29 y 61

Extracto n. ° 25.

| | | |
|----------------------------|---|--|
| Gaceta | : | CSJ SP, 23 jul. 1948, GJ LXIVº, n.º R-006954, pág. 863 a 866 |
| Fecha | : | 23/07/1948 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Lo relativo a la calidad de indígena no civilizado –dice la procuraduría– que tenga CMN, no fue problema debatido por la defensa en ninguna de las instancias del juicio, por lo cual ese tema resulta hoy extraño en casación, mayormente cuando el demandante no ha demostrado en forma alguna, como era su deber, fue el acusado Mesa se halla cabalmente dentro de las

excepciones especialísimas que consagran las leyes 89 de 180 y y 72 de 1892.

“Y no habiéndose hecho tal demostración, al procesado le son aplicables los artículos 4º y 11 del Código Penal, según los cuales “la ley colombiana se aplica a todos los habitantes del territorio nacional que la infrinjan, salvo, las excepciones reconocidas por el Derecho Internacional” y todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este código.”

“La demostración de que un indígena se halla en estado salvaje o semi-salvaje y que, por lo mismo, no está sujeto a la legislación general de la República, solo puede obtenerse mediante un examen médico legal, en que se constate claramente, por los expertos, que el indio es un ser cuyos planos instintivo, afectivo e intelectual no tienen el nivel correspondiente al hombre medio de nuestra civilización, osea de que no dispone de los elementos psíquicos necesarios para valorar sus actos, en sus actos, moral y social.

“Y en el presente caso, ese dictamen científico no se ha allegado al proceso, ni la Procuraduría puede solicitarlo ahora, como fuera su deseo porque el nuevo Código de Procedimiento Penal no autoriza el auto para mejor proveer.

“Por otra parte, de las distintas indagatorias tendidas por el acusado, se desprende que él sí tiene conocimiento del idioma castellano, que se expresa con bastante propiedad y que posee nociones éticas relativas al bien y al mal”

El hecho de que el procesado, en su declaración indagatoria, hubiera hecho la manifestación de que no habla ni entiende el idioma castellano, ni la circunstancia de que el Juez ante la negativa del sindicado para declararla, se hubiera visto precisado a nombrarle un intérprete, no es la prueba que la ley exige para que se tenga como demostrada la calidad de indígena no civilizado.

Este acto voluntario y consciente de la persona a quien se llama a declarar, puede constituir un recurso defensivo pero no demostrativo de la calidad de indígena no civilizado, y tan evidente es esto, que con posterioridad a esta manifestación intervino en otras diligencias importantes del proceso sin que para ello hubiera sido necesario acudir al nombramiento de intérprete.

Así en el acto de la audiencia pública el Juez en presencia de los miembros del jurado, del fiscal y defensor del procesado, interrogó a éste sobre, las diversas actividades desarrolladas en el día en que se sucedieron los hechos, y sus respuestas no ofrecen dudas ni ambigüedades en relación con lo que en ellas quería expresar; aún más, al responder a la pregunta de si “¿habla castellano y lo entiende? ” dice “hablo y entiendo un poco”, con lo cual se

demuestra que el procesado no es un sujeto a quien -por excepción- debe aplicarse en su juzgamiento las normas de las leyes 89 de 1890 y 72 de 1892».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Ley 89 de 1890

Ley 72 de 1892

Ley 95 de 1936, art. 4º y 11

JURISPRUDENCIA RELACIONADA:

Ver también las providencias: CSJ SP, 22 sep. 1950, GJ LXVIIIº, n.º 2087 a 2095, pág. 234 a 239

Extracto n.º 26.

| | | |
|-----------------------------|---|--|
| Gaceta ³⁷ | : | CSJ SP, 14 may. 1970, GJ CXXXIV, n.º 2326 – 2328, pág. 304 a 316 |
| Fecha | : | 14/05/1970 |
| Tipo de providencia | : | SENTENCIA |
| Clase de actuación | : | CASACIÓN |

«Dos aspectos de la cuestión quedan perfectamente claros: 1º los salvajes no son retrasados mentales, por el solo hecho de su “estado”. 2º Si lo fueran, no les serían aplicables las disposiciones de la legislación ordinaria de la república, de la que fueron excluidos, por el art. 1º de la Ley 89 de 1890, consagratorio de un régimen exceptivo, especialísimo, -acorde con su categoría- cuyos preceptos organizan una proposición jurídica completa.

Queda por dilucidar si, en ausencia de normas precisas, el régimen señalado por el recurrente, los ordenamientos y procedimientos de la Ley 83 de 1946 y complementarias, rectoran los hechos de los salvajes y semisalvajes que delinquen ya que el principio esbozado por el art. 1º de la Ley 89 de 1890, no tuvo desarrollados posteriores, y, si los tuvo, no son aplicables por las razones explicitadas en los comentarios al art. 2º de la Ley 72 de 1892.

La verdad sobre el particular es que los salvajes no siempre son menores de edad, y no es posible asumirlos como tales, por interpretación extensiva, puesto que también la Ley 83 de 1946 y las normas que la complementan,

³⁷ En el sistema de consulta jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se puede consultar la ficha de este extracto a través del número identificador 404842.

forman parte de la legislación ordinaria de la República, de la que fueron excluidos perentoriamente.

Los arts. 8º y 10º de la Convención Internacional del Trabajo, ratificados por el Congreso de la República (Ley 31 de 1967), obligan a legislar sobre la materia. Pero no fueron traducidos a normas legales.

El art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968, establece: "Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen derechos, sin discriminación, a igual protección de la Ley. A este respecto la Ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquiera otra índole, origen nacional y social, posición económica o cualquier otra condición social".

Consagra este precepto un mínimo de garantías con apoyo en el principio de la igualdad jurídica, mas no se opone contradictoriamente a la existencia de un régimen de carácter favorable y específico, no discriminatorio. No podía oponerse puesto que la Ley 89 de 1890 forma parte de la legislación de la República, sólo que es de condición excepcional. No se desvirtúa con su aplicación el principio de la territorialidad de la Ley. Se aplica, en sus términos precisos, como principio exceptivo, sin que pueda pretenderse que por imperio del citado art. 26 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos y Civiles, fueron abolidos los regímenes especiales establecidos por el legislador colombiano, como el de menores, regulado por la Ley 83 de 1946 y normas complementarias, para señalar un solo caso.

Finalmente, la Sala comparte el criterio de quienes sostiene que "la justicia es un "servicio público" de cargo de la nación" (art. 58 de la Carta), a partir del cual no puede existir en Colombia ningún régimen de juzgamiento fuera del que corresponde a las autoridades de la república. Por consiguiente, fueron abolidas las jurisdicciones particulares: la de los Misioneros a que se contrae el artículo 2º de la Ley 72 de 1892.

CM fue definido por los forenses como "semisalvaje analfabeto", con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas". Siendo ello así, el concepto de los médicos legislas indica, con precisión incuestionable, que fue catalogado en la segunda de las tres categorías de indígenas reconocidas por nuestra legislación -semisalvaje- cuyos actos quedaron excluidos de la legislación ordinaria de la República. No obstante, el Juez de conocimiento, primero, y luego el Tribunal Superior de Villavicencio, sometieron su conducta a las normas y procedimiento contemplados por el art. 29 del C.P., a las medidas de seguridad de que trata el Libro 1º Título 2º, Capítulo 2º, del mismo Estatuto y lo condenaron a 48 meses de reclusión en colonias agrícolas, con el criterio de la pericia médica -folios 90 del cuaderno

principal – señala a M como débil mental, víctima, en consecuencia, de grave anomalía síquica, habiendo incurrido por este modo en error de hecho manifiesto en la apreciación de dicha prueba, pues uno es definirlo, como lo dice la pericia médica legal, “semisalvaje analfabeto” con lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas”, y de otro catalogarlo, como lo hace el Tribunal ad quem, débil mental, aquejado de grave anomalía síquica.

Incurrió el sentenciador, por este medio en violación de la norma sustancial contenida en el art. 29 del C.P., en forma indirecta por aplicación indebida y aplicó también indebidamente las medidas de seguridad (Libro 1º Título 2º, Capítulo 2º del C.P.), cuando condenó a M a 48 meses de reclusión en colonias agrícolas. Por último, dictó sentencia en juicio viciado de nulidad – incompetencia de jurisdicción- y violó igualmente, por falta de aplicación, el numeral 1º del art. 37 del Decreto 1358 de 1964, y el art. 1º de la Ley 89 de 1890.

Incurrió así el sentenciador en la causal cuarta de casación, art. 56 del Decreto 528 de 1964, en la forma indicada por el recurrente.

La Corte ha sostenido – y parcialmente lo reitera en esta oportunidad – que por mandato de los arts. 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, la legislación general de la República no rige entre salvajes, pero que esas leyes sobre indígenas no tienen aplicación ni los preceptos dejan de regir, “sino cuando se demuestre dentro del juicio penal que quien las invoca o se acoge a esas normas de excepción, se halla en estado salvaje y por esta circunstancia, sus actos, comprendidos dentro de la esfera penal, escapan al control de las leyes generales, debiendo regirse por las leyes especiales aplicables a su estado”.

Los requisitos condicionantes de la aplicación del art. 1º de la Ley 89 de 1890 y 2º de la Ley 72 de 1892, se cumplen a cabalidad en el caso de autos. Se contraen a la definición médica legal del sindicado como semisalvaje de lenguaje limitadísimo para entender preguntas y dar respuestas. Demostrada la nulidad configurada por el sentenciador, por incompetencia de jurisdicción, es indiferente que el recurrente no hubiera indicado en forma correcta el procedimiento a seguirse en el caso concreto objeto del recurso interpuesto a través de la causal cuarta de casación, pues, cuando este es el caso, surge como obligación de oficio para la Corte declarar la nulidad y estatuir el procedimiento, indicado en que estado queda el proceso, disponiendo su remisión al Tribunal de origen para que proceda con arreglo a lo dispuesto por ella (numeral 3º del art. 58, Decreto 528 de 1964), sin que le sea permitido, examinar el material de mérito. Sin embargo, por vía de extensión, la Sala advierte que no puede ser una pericia sin motivación suficiente, dictada por médicos del común, la que sirva a los jueces para decidir en tan intrincada materia, privativa de los especialistas,

de preferencia peritos en siquiatría forense, o antropólogos calificados, cuyo dictamen, ilustre el criterio de la justicia satisfactoriamente.

Dicho lo anterior corresponde a la Corte declarar la nulidad demostrada por el recurrente y decidir en qué estado queda el proceso.

Como el art. 1º de la Ley 89 de 1890 excluyó a los indígenas en estado semisalvaje del imperio normativo de la legislación ordinaria y como el 2º de la Ley 72 de 1892, que otorgó al Gobierno la facultad de hacer delegación de competencias en lo judicial, civil y penal, a manos de los Misioneros resulta en franca oposición con la Constitución Política, pues la competencia es privativa de la Rama Jurisdiccional del Poder Pública, tiéñese como consecuencia deplorable que la situación de los indígenas, en estado salvaje o semisalvaje, cuyos actos se encuentran comprendidos dentro de la esfera penal, carecen de normas represivas y, por la misma razón, de jueces competentes».

NORMATIVIDAD APLICADA:

Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, art. 26, aprobado por la Ley 74 de 1968

Ley 83 de 1946

Ley 72 de 1892, art. 2

Ley 89 de 1890, arts. 1 y 40

Decreto 1358 de 1964, art. 37

ANEXO I

PROVIDENCIAS

| JURISDICCIÓN Y FUERO INDÍGENA | | | | | | |
|-------------------------------|-------|------------|-----------------|--------------------|---------------------|---------------|
| Nº. | Rad. | Fecha | No. Providencia | Clase de Actuación | Tipo de providencia | Observaciones |
| 1 | | 04/04/1941 | | Casación | Sentencia | |
| 2 | | 30/01/1942 | | Casación | Sentencia | |
| 3 | | 06/04/1943 | | Casación | auto interlocutorio | |
| 4 | | 23/07/1948 | | Casación | Sentencia | |
| 5 | | 22/09/1950 | | Casación | Sentencia | |
| 6 | | 14/05/1970 | | Casación | Sentencia | |
| 7 | 12043 | 15/06/1999 | | Casación | Sentencia | |
| 8 | 18701 | 24/01/2002 | | Extradición | auto interlocutorio | |
| 9 | 16189 | 26/11/2003 | | Casación | Sentencia | |
| 10 | 20289 | 26/11/2003 | | Extradición | Concepto | |
| 11 | 23558 | 10/08/2006 | | Única instancia | auto interlocutorio | Reserva |
| 12 | 27660 | 07/06/2007 | | Hábeas corpus | auto interlocutorio | |
| 13 | 30644 | 16/12/2008 | | Única instancia | auto interlocutorio | Reserva |
| 14 | 25794 | 01/04/2009 | | Casación | Sentencia | |
| 15 | 30799 | 20/05/2009 | | Casación | auto interlocutorio | |
| 16 | 32233 | 16/07/2009 | | Hábeas corpus | auto interlocutorio | |
| 17 | 34275 | 04/08/2010 | | Casación | auto interlocutorio | |
| 18 | 34461 | 08/11/2011 | | Casación | Sentencia | |
| 19 | 39469 | 14/08/2012 | | Casación | auto interlocutorio | |
| 20 | 39444 | 13/02/2013 | | Casación | Sentencia | |
| 21 | 41596 | 21/08/2013 | | Casación | auto interlocutorio | |
| 22 | 42281 | 09/10/2013 | | Casación | auto interlocutorio | |

| | | | | | | |
|----|-------|------------|--------------|---------------------------|---------------------|---------------|
| 23 | 42537 | 20/11/2013 | | Casación | auto interlocutorio | |
| 24 | 42287 | 12/03/2014 | SP3004-2014 | Casación | auto interlocutorio | |
| 25 | 43342 | 02/04/2014 | AP1576-2014 | Casación | auto interlocutorio | |
| 26 | 38242 | 28/05/2014 | SP6759-2014 | Casación | Sentencia | Menor victima |
| 27 | 45773 | 13/04/2015 | AP1825-2015 | Definición de competencia | auto interlocutorio | |
| 28 | 41176 | 12/05/2015 | AP2439-2015 | Casación | auto interlocutorio | |
| 29 | 44993 | 10/06/2015 | AP3263-2015 | Casación | auto interlocutorio | |
| 30 | 45691 | 17/06/2015 | AP3399-2015 | Casación | auto interlocutorio | Menor victima |
| 31 | 42788 | 05/08/2015 | AP4470-2015 | Casación | auto interlocutorio | |
| 32 | 43578 | 09/09/2015 | AP5156-2015 | Casación | auto interlocutorio | |
| 33 | 46943 | 09/10/2015 | AHP5951-2015 | Hábeas corpus | auto interlocutorio | |
| 34 | 44890 | 28/10/2015 | SP14851-2015 | Casación | Sentencia | |
| 35 | 46556 | 11/11/2015 | SP15508-2015 | Casación | Sentencia | Menor victima |
| 36 | 48136 | 05/12/2016 | SP17726-2016 | Casación | Sentencia | |